الوضع القانوني للفوائد الربوية في القانون الكويتي

الدكتور/ طعمة صعفك الشمري
أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

تقديم وتقسيم:

قبل ٢٥/ ٢/ ١٩٨١م - وهو تاريخ العمل بكل من القانون المدني الكويتي الجديد وقانون التجارة الجديد - كان القانونان الواجبا التطبيق في الكويت، في شأن المعاملات المدنية والمعاملات التجارية، هما مجلة الأحكام العدلية[1] وقانون التجارة رقم ٢/ ١٩٦١م، إضافة إلى بعض القوانين الأخرى المساندة في هذا الشأن. وقد كان الوضع القانوني في البلاد يتسم بشيء من الغرابة، إذ يفترض أن تطبق مجلة الأحكام على المعاملات والتصرفات المدنية، ولكن نطاق تطبيق هذه المجلة حصر في أضيق نطاق ممكن بتعمد وقصد من واضع قانون التجارة، الذي ضمنه - وخلافاً لكل النظم القانونية - نظرية الالتزامات، فضلاً عن إخضاع ما يسمى بالمعاملات ذات الطبيعة المختلطة لأحكامه. وهي بطبيعتها أكثر الأعمال والالتزامات شيوعاً في الحياة العملية. وبذلك تم توسيع نطاق تطبيق قانون التجارة على حساب مجلة الأحكام، التي كانت أحكامها تتهم - حقا أو باطلاً - بالتخلف وعدم مسايرة التطورات التشريعية، لاسيما وأنها من آثار ومخلفات دولة الخلافة الإسلامية في استنبول، التي سقطت رسمياً عام ١٩٢٥م على يد كمال أتاتورك. وكانت المجلة تحرم تقاضي فوائد ربوية، خلافاً لقانون التجارة الذي أجاز تقاضي الفوائد على القروض والمعاملات، فضلاً عن إجازة تقاضي فوائد على الديون التي يتأخر سدادها عن الميعاد المتفق عليه. ولما صدر كل من القانون المدني الجديد رقم /

(١) المجلة أصدرتها الدولة العثمانية في شهر شعبان من العام ١٢٩٣هـ الموافق ١٨٧٦م. وهي مأخوذة عن مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان. وقد طبقت رسميا في الكويت عام ١٩٣٨م بعد سقوط دولة الخلافة الإسلامية، وذلك لسد الفراغ التشريعي الذي كانت تشكو منه الكويت في ذلك الوقت، للمزيد انظر المرحوم خالد سليمان العدساني نصف عام على الحكم النيابي في الكويت ١٣٩٦ هـ - ١٩٤٧م.

٦٧/ ١٩٨٠م وقانون التجارة الجديد رقم ٦٨/ ١٩٨٠ فقد تضمن كل منهما حكماً مغايراً للآخر في شأن الفوائد الربوية، إذ منع القانون الأول تقاضي فوائد أيا كان شكلها أو نوعها. أما القانون الثاني فقد أجاز تقاضي فوائد ضمن بعض الضوابط والشروط.

وهذا الاختلاف في الأحكام يرجعه البعض إلى علاقة الكويت بالعالم الخارجي، لاسيما الدول الغربية، حيث يزعم أن التجارة تحكمها قواعد خاصة تبرر تقاضي فوائد ربوية، ومن ثم يصعب في الوقت الراهن منع تقاضي تلك الفوائد، لكي لا يؤدي ذلك إلى إعاقة التعامل التجاري مع العالم الخارجي. وهذا التبرير غير مقبول ومحل نظر. ولكن حتماً فإن هذا الاختلاف غير مقبول من الناحية الشرعية، إذ يفترض في القانون المدني والتجاري أن يمنعا تقاضي فوائد ربوية، باعتبار أن الكويت بلد إسلامي يدين بالدين الإسلامي، ومن ثم فإنه يفترض أن تكون أحكام الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق على جميع المعاملات، بما في ذلك المعاملات التجارية فضلاً عن المعاملات المدنية.

وإذا كان القانونان قد اختلفا في إجازتهما أو منعهما للفوائد الربوية، فإن أسلوب قانون التجارة في تقرير ذلك قد شابه بعض الغموض، إذ اتبع أسلوباً مباشراً في حال إجازته للفوائد في الديون التجارية، واتبع مفهوم المخالفة في حال منعه للفوائد في الديون غير التجارية، كما سنرى، مما أتاح مجالاً للخلاف الفقهي والقضائي حول هذا الموضوع المهم والشائك، لاسيما وأن قانون التجارة لم يكتف بتبني معيار وحيد للتمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية، إذ تبنى حلولاً تشريعية لسد النقص في معيار المضاربة، الذي تبناه للتمييز بين تلك الأعمال، ومما زاد الأمر تعقيداً أن القانون التجاري الجديد لم يتخل عن نهج قانون التجارة الملغى رقم ٢/ ١٩٦١م الذي وسع من نطاقه تطبيق قانون التجارة، لتضييق نطاق تطبيق مجلة الأحكام العدلية، إذ مازال القانون الجديد، وخلافا لبعض القوانين المقارنة، ينص على تطبيق أحكام القانون التجاري على مايسمى بالأعمال المختلطة بطرفيها - القائم بعمل تجاري والقائم بعمل مدني.

ولعل هذا هو السبب الرئيسي في إثارة الخلاف الفقهي والقضائي حول تحديد نطاق تطبيق قانون التجارة، ومن ثم القول أو الحكم بجواز تقاضي فوائد ربوية أو عدم جوازها.

ويعزز ذلك الخلاف، أن الدستور الكويتي قد نص في المادة الثانية منه على أن الإسلام دين الدولة وأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع. وقد فسرت المذكرة التفسيرية للدستور هذا النص على أنه للمشرع العادي إن يصدر تشريعات مخالفة لأحكام

الشريعة الإسلامية إذا ما واجهته ضرورات عملية في مجال الشركات ومعاملات البنوك والتأمين والأحكام الجزائية وغيرها. ولكن المذكرة حثت، في الوقت نفسه، المشرع العادي على أن يأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، وقد جرت عدة محاولات من قبل بعض أعضاء مجلس الأمة خلال السنوات الماضية لتعديل المادة الثانية من الدستور للنص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس «أو الوحيد» للتشريع ولكن هذه المحاولات لم يكتب لها النجاح. كما قام مجلس الوزراء عام ١٩٧٧م في أعقاب حل مجلس الأمة بتشكيل أربع لجان لتعديل القانون القائم في الدولة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ولكن مع مراعاة أحكام الدستور الكويتي، أي أحكام المادة الثانية من الدستور. كما صدر مرسوم أميري خلال السنتين الماضيتين بتشكيل لجنة استشارية عليا لأمير البلاد، وذلك للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية. وهذا كله يعطي أهمية خاصة لهذا البحث، لاسيما إذا أخذنا بالحسبان أن تحريم تقاضي فوائد ربوية في المعاملات التجارية وبشكل قاطع له أنصار ومعارضون. ذوي ثقل ونفوذ سياسي واقتصادي مؤثر، فضلاً عن كونه يثير حفيظة الدول غير الإسلامية، خاصة الغربية منها، التي تخشى من تطبيق الشريعة الإسلامية على مصالحها الاقتصادية وعلاقتها مع الدول الإسلامية، وذلك لأن الأنظمة الاقتصادية والمصرفية في هذه الدول تقوم أساسا على التمويل الربوي. وللفوائد في تلك الدول وظائف أخرى غير مساهمتها في التمويل والإقراض، إذ تستعمل الفوائد زيادة أو نقصاناً في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، وفي التحكم في أسعار الصرف، وكبح التضخم المالي وزيادة الصادرات الوطنية.

ويلاحظ أن بعض القوانين الغربية تحرم الربا (USURY)، ولكن مفهوم الربا في تلك الدول يختلف في نطاقه عن مفهوم الشريعة الإسلامية الغراء، إذ إنه هناك مقصور على الزيادة على السقف الأعلى لسعر الفائدة. أما الفائدة التي تعطى أو تؤخذ في حدود السقف الأعلى لسعر الفائدة فلا تعد ربا وإنما تعد فائدة (profit) مشروعة قانونا.

ونحن في هذا البحث نقصر الدراسة على الوضع القانوني للفوائد الربوية في القانونين المدني والتجاري، دون التعرض لحكم الفوائد الربوية، إذ إن حكمها في الشريعة الإسلامية الغراء معروف، وهو التحريم المطلق. والأدلة على هذا التحريم قطعية في دلالتها، سواء كان مصدرها القرآن الكريم أو السنة النبوية المطهرة أو الإجماع. وإذا كان هناك مجال لمزيد من الدراسة حول تحريم الفوائد فإن مجال ذلك دون شك يدور حول تحديد مفهوم الفوائد تحديداً دقيقاً، في ضوء ونطاق المعاملات المستجدة على الساحة

التجارية والصناعية والمالية، لاسيما في مجال معاملات المصارف (البنوك). ولكن هذه المهمة تقع مسئوليتها على عاتق أهل الذكر من رجال الفقه والشريعة في العالم الإسلامي، وأنا باعتباري رجل قانون وضعي لا أجرؤ على الدخول في هذا المجال الشائك خشية الوقوع في الزلل والخطأ.

خطة البحث:

وإذا كانت مهمتنا في هذا البحث تنحصر في دراسة الوضع القانوني للفوائد الربوية في نطاق القانونين المدني والتجاري الكويتيين، فإننا نقترح لدراسة ذلك تقسيم هذا البحث إلى فصل تمهيدي وفصلين آخرين في موضوع البحث.

الفصل التمهيدي: في تعريف الفوائد الربوية وبيان صورها وأساس تحريمها وحكمة هذا التحريم.

الفصل الأول:

في موقف القانون المدني من الفوائد الربوية.

الفصل الثاني:

في موقف القانون التجاري من الفوائد الربوية.

فصل تمهيدي
في تعريف الفوائد الربوية وبيان صورها وأساس تحريمها وحكمة هذا التحريم

تمهيد وتقسيم:

نتناول في هذا الفصل التمهيدي تعريف الفوائد الربوية وبيان صورها وبيان الأساس الشرعي لتحريمها وحكمة هذا التحريم وذلك من منظور إسلامي مجرد، وبأسلوب النقل والعرض دون التحليل والمناقشة المتعمقة لهذا الموضوع الخطير، تحرجا من الوقوع في الخطأ، خوفا من الباري عز وجل.

أولا - تعريف الربا «الفوائد»:

يعرف بعض الفقه الإسلامي الربا: بأنه «الزيادة على مقدار الدين لمكان الأجل»

لقولهم «ربا السويق يربو إذا زاد»[1]. ويقول الدكتور عيسى عبده أن الربا هو فائض القيمة، وفائض القيمة هو ذلك القدر من حق الغير الذي يأكله القادر لتمتعه بمركز متميز، كالمقرض في معاملته للمقترض، ورب العمل حين يبخس أجر العامل، وريع المحتكر حين يتحكم في الأقوات والأرزاق. ومن ثم يدخل في مدلول لفظ الربا كل اعتصار للضعيف واستقلال بمركز خاص، أو ميزة احتكارية تؤدي إلى زيادة الضعيف ضعفاً وزيادة القوي قوة. ولاشك أن تعريف الدكتور عبده يعد تعريفاً اقتصادياً واسعاً، وذلك لأنه يرى بأن مشكلة الربا فرع على أصل والأصل هو «الثمن العادل»[2].

ولاشك أن تعريف الفوائد الربوية أمر في غاية الأهمية، وذلك لتميزها عما عداها من نظم أخرى، فضلا عن دور هذا التعريف في تحديد نطاق الفوائد، وذلك في ضوء الفهم الصحيح لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وهذا أمر تقع مسئوليته على عاتق رجال الفقه الإسلامي، تأدية لواجبهم نحو ربهم وأمتهم الإسلامية.

ثانيا - صور الربا «الفوائد»:

يأخذ الربا صورا عدة، يتمثل بعضها في الربا الحقيقي وبعضها الآخر تتحقق فيه شبهة الربا. والتحريم يسري عليها جميعا، لتوافر علة التحريم فيها[3]. وهناك ثلاث صور تعد من أهم صور الربا: وهي ربا الجاهلية وربا الفضل وربا النسيئة. وهذه الصور تتجسد غالبا في البيع وقد تتحقق في القرض. ونشير بإيجاز شديد لكل صورة منها.

١ - ربا الجاهلية:

ويتحقق هذا الربا في الزيادة في الدين عند حلول الأجل، وذلك مقابل موافقة الدائن على تأخير المطالبة بالدين إلى أجل آخر يتفق عليه. وهكذا كلما حل أجل الدين وكان المدين معسراً يطلب أجلاً آخر مقابل زيادة الدين أو إضافة نسبة فائدة جديدة. ويقابل هذه

(١) النكت والعيون في تفسير الماوردي، تحقيق خضر محمد خضر، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الجزء الأول صفحة (٢٨٨).

(٢) الدكتور عيسى عبده، وضع الربا في البناء الاقتصادي، دار الاعتصام، الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ/ الموافق ١٩٧٧م. القاهرة. صفحة (١٠٣).

(٣) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٣ س ١٩٦٧م ص ٢٤١ أشار إليه الدكتور/ أحمد شرف الدين. تعليق: مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت س٤ ع١ صفر١٤٠٠هـ الموافق يناير ١٩٨٠م صفحة ١٨٠.

الصور الجاهلية صورة مايسمى بالفوائد المركبة وهي الفائدة التي تؤخذ على متجمد الفوائد[1]، والتي تحرم تقاضيها بعض القوانين الحديثة ومنها قانون التجارة الكويتي، كما سترى.

٢ - ربا الفضل:

ويقصد بالفضل هنا الزيادة المادية المالية التي يأخذها أحد المتعاقدين في بدلين من جنس واحد (كالذهب بالذهب) دون أن يقابل هذا الأخذ مقابل في البدل الآخر. وهذا يسري على الأموال الربوية التي أشار إليها الحديث النبوي الشريف «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بالمثل سواء بسواء يدا بيد، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إن كان يدا بيد»[2].

ويدور خلاف فقهي بين أصحاب المدارس الفقهية حول نطاق ربا الفضل[3]. نحيل القارىء والباحث إليها في كتب الفقه الإسلامي والبحوث والمؤلفات المعاصرة.

٣ - ربا النسيئة:

هو التأخير والتأجيل. يقال باع نسيئة أي بتأخير دفع الثمن.

وهو نوعان:

أولهما: أن يباع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة مثلا مع تأجيل تسليم أحد البدلين (العوضين)، وذلك سواء تساوى مقدار العوضين أو اختلفا.

ويسري هذا الحكم على الأصناف الستة التي أشار إليها الحديث النبوي الشريف.

ثانيهما: وهو أن يباع الذهب بالفضة أو العملة الورقية بأحدهما مثلا[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الأوراق النقدية تأخذ حكم الذهب والفضة قياساً، ولكن تعد

---

(١) الدكتور أحمد شرف الدين المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) د. محمد سليمان الأشقر، الأسس والقواعد التي تحكم النشاط التجاري في الإسلام، ورقة عمل مقدمة إلى حلقة النقاش الأولى حول تهيئة الأجواء لاستكمال تطبيق الشريعة الإسلامية في المجال الاقتصادي، والتي عقدتها اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية في الكويت، في الفترة من ٦ - ١٩٩٣/٢/٨ بالكويت، وانظر أيضاً الشيخ محمد المختار السلامي، مقارنة بين الأوراق النقدية والذهب والفضة، والشيخ إبراهيم فاضل الدبو، الأوراق المالية وبيع الذهب بالأجل، أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، الكويت ٧ - ١١ رجب ١٤٠٧، ٧ - ١١ آذار (مارس) ١٩٨٧، صفحة ٤٣٧ و٤٥٧ على التوالي.

عملة كل دولة جنساً مستقلاً عن عملات الدول الأخرى. كما يلحق بالقمح والشعير والتمر والملح ما كان من الأقوات الأساسية التي تكال أو توزن، كالأرز[١].

هذا ويضيف البعض صورة رابعة للربا وهي (ربا القرض). وهو الزيادة المشترطة في عقد القرض. وهذه الصورة محرمة عند جمهور الفقهاء طالما أن تحديد الزيادة أو اشتراطها قد ورد في العقد[٢].

ثالثا - الأساس الشرعي لتحريم الربا (الفوائد):

لقد ثبت تحريم الفوائد الربوية أو الربا بدليل قطعي في دلالته وهو القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، فضلاً عن إجماع علماء الأمة. فقد قال الباري عز وجل في الآيات (٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٨) من سورة البقرة ﴿**الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا. فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون. يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لايحب كل كفار أثيم**﴾. وقال تبارك وتعالى اسمه ﴿**يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا إن كنتم مؤمنين**﴾.

ويقول الباري عز وجل في الآية (١٣٠) من سورة آل عمران ﴿**يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون**﴾. أما السنة النبوية المطهرة، فقد وردت أحاديث نبوية تنهى عن أخذ الربا. منها ما ذكره أبو داود عن جابر عند نزول قوله تعالى ﴿**الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس**﴾. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من لم يذر المخابرة فليأذن بحرب من الله ورسوله».

وحرمت المخابرة وهي المزارعة لبعض مايخرج من الأرض، والمزابنة وهي شراء الرطب في رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض، والمحاقلة وهي شراء الحب في سنبله بالحقل بالحب على وجه الأرض[٣]. وذلك منعاً للربا لأنه لايعلم التساوي بين الشيئين قبل الجفاف، ولذلك قال الفقهاء: الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة. ومن هذا حرموا أشياء

(١) المرجع السابق.

(٢) دكتور / أحمد شرف الدين، المرجع السابق، والمراجع الفقهية التي أشار إليها صفحة ١٨٤.

(٣) مختصر تفسير ابن كثير، اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني، المجلد الأول، صفحة ٢٤٧.

لتضيق المسالك المفضية إلى الربا والوسائل الموصلة إليه، وتفاوت نظرهم بحسب ما وهب الله لكل منهم من العلم، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿وفوق كل ذي علم عليم﴾**.[١]

ويرى بعض الفقهاء والباحثين أن باب الربا يعد من أشكل الأبواب على كثير من أهل العلم، وذلك لأن آيات الربا نزلت في أواخر حياة الرسول صلى الله عليه وسلم. ولذلك ينصح بالبعد عن المسائل التي فيها شائبة الربا، باتباع ما أمر به الرسول الكريم الذي قال «إن الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور متشابهات. فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه». كما قال الرسول الأمين أيضا «دع مايريبك إلى مالايريبك». وقال كذلك «الإثم ما حاك في القلب وترددت فيه النفس وكرهت أن يطلع عليه الناس». وفي رواية أخرى «استفت قلبك وإن افتاك الناس أو أفتوك»[٢].

وروى الإمام أحمد عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «يأتي على الناس زمان يأكلون فيه الربا». قال، قيل له: الناس كلهم؟ قال «من لم يأكله منهم ناله من غباره»[٣].

وهذه الأحكام جميعاً تبين قطعية تحريم الربا (أو الفوائد الربوية)، نظراً لمضاره الاجتماعية والاقتصادية التي لاتخفى على كل ذي بصر وبصيرة. فقد روى أبو هريرة عن الرسول الصادق المصدوق قوله «الربا سبعون جزءا أيسرها أن ينكح الرجل أمه»[٤]. وهذا الحديث يبين قبح الربا وقذارته. ويكفي لبيان خطورته على المجتمع أن الباري عز وجل ورسوله الكريم يعلنان الحرب على من لم يدع الربا. وبما أن المجتمع الإسلامي يعاني ومنذ أمد طويل من التخلف والتمزق والذل وضياع الكرامة، فهذا في تقديري يرجع إلى الحرب التي أعلنها الله سبحانه وتعالى ورسوله الأمين علينا نحن أمة الإسلام لإصرارنا على تعاطي الربا والتعامل به، تحت تبريرات ظاهرها خادع كاذب وباطنها العذاب، لإرضاء فئة حاكمة أو ذات نفوذ هنا أو هناك. وهذه فئات بدورها مغلوب على أمرها من قبل الغرب العدو اللدود للإسلام والمسلمين والمسيطر على ثروات وخيرات الدول

(١) مختصر تفسير ابن كثير، صفحة ٢٤٧.

(٢) مختصر تفسير ابن كثير صفحة ٢٤٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

الإسلامية، والذي لن يرضى عن المسلمين حتى يتخلوا عن دينهم ويتبعوا الغرب ديانة، وثقافة وفكراً وأسلوبا في الحياة. وهذا ما أكد عليه القرآن الكريم **﴿لن ترضى عنك اليهود والنصارى حتى تتبع ملتهم قل إن هدى الله هو الهدى ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذي جاءك من العلم مالك من الله من ولي ولانصير﴾**. (سورة البقرة آية ١٢٠).

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان هناك اتفاق وإجماع على تحريم الربا بين الفقهاء المسلمين، فإن هناك خلافاً حول نطاق هذا التحريم. فقد دعا البعض إلى «التوسع» في تحريم المعاملات الربوية في كل حالة يوجد فيها دليل قطعي الثبوت على وجود ربا، وفي كل حالة يخاف فيها أن تكون وسيلة أو ذريعة إلى الربا وهذا التوجه يسمى «بنظرية التوسع» لتحريم الربا.

وهي لاتخلو من النقد، اذ قيل في نقدها: إنه لاضير من التشدد في تأويل الأحكام المتعلقة بالعبادات، ولكن هذا التشدد غير مقبول على إطلاقه في مجال المعاملات، حتى لاتتعطل مصالح الناس لمجرد درء شبهة. فالتحريم لايعمل به إلا إذا وجد دليل قطعي وكان المجتهد على بينة من ذلك. وإذا كان يجب على الإمام أن يتحرج في التسامح في حكم من أحكام الله، فإنه يجب عليه أن يتحرج أيضاً من تكليف الناس بأمر لم يكلفهم به الشارع الحكيم، منعاً للمشقة عنهم، بما يتعارض مع أحكام الدين القائمة على اليسر ودفع المشقة من غير تفريط[١].

وروي أن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما يرى أنه لاربا إلا في النسيئة، وتبعه في ذلك فقهاء أعلام على مر الأجيال. ويرى هؤلاء الفقهاء أن الربا القطعي هو ما كان معروفاً في الجاهلية، والذي نص القرآن الكريم بعد ذلك على تحريمه. ولكن غير ذلك من بيوع نصت على تحريمها أحاديث نبوية شريفة فهي إن حرمت باعتبارها ربا، فقد أخذت هذا الحكم قياساً وليس بنص قطعي، سداً لذريعة الربا. ومن الفقهاء الذين قالوا بذلك ابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ. وابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ[٢]. ويقصر فقهاء الظاهرية مفهوم الربا على ستة أنواع عددوها، وهم في ذلك يعتمدون على الأخذ بالظاهر دون قبول القياس[٣].

---

(١) الدكتور/ عيسى عبده، وضع الربا في البناء الاقتصادي، دار الاعتصام الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ ١٩٧٧م، القاهرة.

(٢) الدكتور/ عيسى عبده المرجع السابق، صفحة ١١٠.

(٣) المرجع السابق.

وقامت مجموعة من دعاة الإصلاح في أوائل القرن الرابع عشر من الهجرة ببحث موضوع الربا من جديد في ضوء المعاملات المستحدثة، كمعاملات البنوك وصناديق التوفير وشركات التأمين ومعاملات الأوراق المالية (البورصات) وشركات ومؤسسات الاستثمار (ومنشآت تكوين رؤوس الأموال).

وانتهى هؤلاء الدعاة إلى ضرورة التمييز بين معاملات يلحقها الفساد لوجود شبهة فيها ومعاملات ربوية قطعية ومعاملات لاحرج في ممارساتها، ولذلك يدعو هؤلاء الى تضييق مجال التحريم وتحديد نطاقه، أي أنهم يدعون إلى «نظرية تحديد الربا» ومن هؤلاء الفقهاء الشيخ محمد عبده والسيد محمد رشيد رضا[١].

ووجدت نظرية ثالثة تدعو إلى «الاعتدال» في تحديد الربا. (ونظرية الاعتدال) هذه ترى أن الأصل في ربا الفضل هو التحريم وأن الإباحة ترد استثناء للحاجة. وهي بذلك تختلف عن نظرية التحديد التي قال بها أتباع ابن عباس وأصحابه. والتي ترى أن الأصل في ربا الفضل هو الإباحة. إذ الربا لديهم يقتصر على النسيئة. وقد حاول السيد محمد رشيد رضا تقريب نظريتي الاعتدال والتحديد، ولكنه انتهى إلى رأي أقرب إلى نظرية التحديد إذ حصر الربا المحرم في ربا الجاهلية، واستبعد منه القرض بالفائدة المشروطة عند العقد، وبيع الأصناف الستة التي أشار إليها الحديث النبوي الشريف.[٢] وفي الوقت الراهن مازال الخلاف ثائرا بين رجال الفقه حول نطاق الربا المحرم.

ويبدو أن الشيخ محمد سيد طنطاوي مفتي جمهورية مصر العربية يقترب بآرائه إلى نظرية التحديد، إذ تثير آراؤه كثيراً من رجال الفقه، لاسيما في مجال معاملات المصارف.

وقد نشر هذا الخلاف على صفحات الجرائد والصحف اليومية خلال السنوات القليلة الماضية.

حكمة منع الفوائد الربوية:

إذا كانت الشريعة الإسلامية ومن بعدها القانون المدني الكويتي قد منعا تقاضي فوائد

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق، صفحة ١١١، وانظر أيضا إبراهيم زكي الدين بدوي، نظرية الربا المحرم، في الشريعة الاسلامية، مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة ١٩٣٩، صفحة ٩٣٢، ود. أحمد شرف الدين، مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية، تعليق على حكمين للمحكمة الكلية في ٧٩/٤/٢١. مجلة الحقوق والشريعة، السنة الرابعة، العدد الأول صفر ١٤٠٠ هـ - يناير ١٩٨٠ صفحة ١٨٤.

ربوية، فما سبب ذلك المنع؟ لعل المرحوم سيد قطب واحد من أبرز الذين عرضوا تلك الأسباب بدقة وإسهاب وإبداع، ولذلك سأقتبس بعض ماذكره في مجموعته القيمة «في ظلال القرآن الكريم» [1] من تلك الأسباب ولو بشكل جزئي:

- يقول المرحوم سيد قطب في تمهيده لبيان أسباب ذلك: إن الربا هو الوجه الطالح الذي يقابل الصدقة. فالصدقة عطاء وسماحة وطهارة وزكاة وتعاون وتكافل، والربا شح وقذارة ودنس وأثرة فردية، ولذلك عرضه السياق القرآني في سورة البقرة بعد عرض الصدقة ليكشف عما في عملية الربا من قبح وشناعة ومن جفاف في القلب وشر في المجتمع وفساد في الأرض وهلاك للعباد، ويضيف قائلا: إن النظام الإسلامي كما صوره السياق القرآني يقابل النظام الربوي ولكنه لايلتقي به ولايتفق معه في الأساس ولا في النتيجة، لأن كلا منهما يقوم على نقيض الآخر في تصويره للحياة والأهداف والغايات. إن الإسلام يقيم نظامه الاقتصادي - ونظام الحياة كلها - على تصوير معين يمثل الحق الواقع في هذا الوجود. إن الله - سبحانه وتعالى - وهو مالك موجود بما أنه هو موجده قد استخلف الجنس الإنساني في هذه الأرض، ومكنه مما ادخره له فيها من أرزاق وأقوات ومن قوى وطاقات، على عهد منه وشرط. ولم يترك له هذا الملك العريض فوضى يصنع فيه مايشاء كيف شاء. وإنما استخلفه فيه في إطار من الحدود الواضحة، استخلفه فيه على شرط أن يقوم في الخلافة وفق منهج الله، وحسب شريعته، فما وقع منه من عقود وأعمال ومعاملات وأخلاق وعبادات وفق التعاقد فهو صحيح نافذ. وما وقع منه مخالفاً لشروط التعاقد فهو باطل موقوف. فإذا أنفذه قوة وقسراً فهو إذن ظلم واعتداء لايقره الله ولايقره المؤمنون بالله، فالحاكمية في الأرض - كما هي في الكون كله - لله وحده.

والناس - حاكمهم ومحكومهم - إنما يستمدون سلطاتهم من تنفيذهم لشريعة الله ومنهجه وليس لهم - في جملتهم - أن يخرجوا عنها، لأنهم إنما هم وكلاء مستخلفون في الأرض بشرط وعهد وليسوا ملاكاً خالقين لما في أيديهم من أرزاق.

ومن بين هذا العهد أن يقوم **التكافل** بين المؤمنين بالله، فيكون بعضهم أولياء بعض، لا على قاعدة الشيوع المطلق كما تقول الماركسية، ولكن على أساس الملكية الفردية المقيدة، مع تكليف الجميع بالعمل كل حسب طاقته واستعداده فيما يسره الله له.

(١) في ظلال القرآن، الجزء الأول الطبعة السابعة ١٣٩١هـ - ١٩٧١م دار إحياء التراث العربي بيروت صفحة ٤٦٦ وما بعدها.

فلا يكون أحدهم كلا على أخيه أو على الجماعة وهو قادر. وجعل الله **الزكاة** فريضة في المال محددة، **والصدقة** تطوعاً غير محدد.

وقد شرط الله على المؤمنين التزام جانب **القصد والاعتدال**، وتجنب السرف والشطط فيما ينفقون من رزق الله الذي أعطاهم، وفيما يستمتعون به من الطيبات التي أحلها لهم، ومن ثم تظل حاجتهم الاستهلاكية للمال والطيبات محدودة بحدود الاعتدال.

وإذا كان المؤمن يطالب بتنمية ماله وتكثيره، فإن ذلك مقيد بشرط أن يلتزم في تنمية ماله بوسائل لاينشأ عنها الأذى للآخرين، ولايكون من جرائها تعويق أو تعطيل لجريان الأرزاق بين العباد، ودوران المال في الأيدي على أوسع نطاق «كي لايكون دولة بين الأغنياء منكم».

وكتب الله سبحانه وتعالى على المؤمنين الطهارة في البيئة والعمل والنظافة في الوسيلة والغاية، وفرض قيوداً في تنمية المال لاتجعلهم يسلكون إليها سبيلاً تؤذي ضمير الفرد وخلقه، أو تؤذي حياة الجماعة وكيانها.

ومن ثم فإن الربا عملية تصطدم ابتداء مع قواعد التصور الإيماني إطلاقاً، ونظام يقوم على تصور آخر، تصور لانظر فيه لله سبحانه وتعالى، ومن ثم لا رعاية فيه للمبادىء والغايات والأخلاق التي يريد الله للبشر أن تقوم حياتهم عليها. إنه يقوم ابتداء على أساس أن لا علاقة بين إرادة الله وحياة البشر، فالإنسان سيد هذه الأرض ابتداء وهو غير مقيد بعهد من الله، وغير ملزم باتباع أوامر الله، ثم إن الفرد حر في وسائل حصوله على المال، وفي طرق تنميته كما هو حرّ في التمتع به، غير ملتزم في شيء من هذا بعهد من الله أو شرط، غير مقيد كذلك بمصالح الآخرين، ومن ثم فلا اعتبار لأن يتأذى الملايين إذا هو أضاف إلى خزانته ورصيده مايستطيع إضافته، وقد تتدخل القوانين الوضعية أحياناً في الحد من حرية الفرد هذه - جزئياً - في تحديد سعر الفائدة مثلا، وفي منع أنواع من الاحتيال والنصب والغصب والنهب والغش والضرر، ولكن هذا التدخل يعود إلى مايتواضع عليه الناس أنفسهم، وما تقوده إليه أهواؤهم لا إلى مبدأ ثابت مفروض من سلطة إلاهية.

كما أن النظام الربوي يقوم على أساس خاطىء فاسد، وهو أن غاية الغايات للوجود الإنساني هي تحصيله للمال - بأي وسيلة - واستمتاعه به على النحو الذي يهوى، ومن ثم يتكالب الفرد على جمع المال وعلى الاستمتاع به، ويدوس في الطريق كل مبدأ وكل

صالح للآخرين. وفي نهاية الأمر يترتب على الربا خلق نظام يسحق البشرية سحقاً، ويشقيها في حياتها أفراداً وجماعات ودولاً وشعوباً، لمصلحة حفنة من المرابين ويحطها أخلاقياً وعصبياً ونفسياً، ويحدث الخلل في دورة المال ونمو الاقتصاد البشري نمواً سوياً. وينتهي - كما انتهى في العصر الحديث - إلى تركيز السلطة الحقيقية والنفوذ العملي على البشرية كلها في أيدي زمرة من أحط خلق الله وأشرهم شراً، وشرذمة ممن لايرعون في البشرية إلاّ ولا ذمة. ولايراقبون فيها عهداً ولا حرمة. وهؤلاء هم الذين يداينون الناس أفراداً كما يداينون الحكومات والشعوب - في داخل بلادهم وفي خارجها - وترجع إليهم الحصيلة الحقيقية بجهد البشرية كلها، وكد الآدميين وعرقهم ودمائهم، في صورة فوائد ربوية لم يبذلوا هم فيها جهدا.[1].

وبعد أن عرضنا لتعريف الفوائد الربوية وصورها وأساس تحريمها وحكمته، فإن الصورة تكون قد اتضحت، ومن ثم ننتقل لدراسة وبيان موقف القانون الكويتي من الربا في ضوء ماسبقت دراسته.

الفصل الأول
موقف القانون المدني من الفوائد الربوية

تمهيد وتقسيم:

كما أسلفنا، فإن القانون المدني، وخلافاً للقانون التجاري، فقد اتخذ موقفاً حازماً وواضحاً وصريحاً في تحريمه للربا أو الفوائد الربوية. ولكنه في مقابل ذلك ومراعاة لإحداث نوع من التوازن والعدالة فقد أجاز للدائن أن يحصل على تعويض عادل، مع مراعاة بعض القيود والضوابط التي قد تكون في بعض جزئياتها محل نظر كما سنرى. ولذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين الأول منهما نخصصه لدراسة منع القانون المدني لتقاضي الفوائد الربوية، والثاني لدراسة الحق الذي أعطاه القانون المدني للدائن في الحصول على تعويض عادل.

(١) المرحوم سيد قطب صفحة ٤٦٩.

المبحث الأول
منع تقاضي فوائد ربوية

كما نوهنا أعلاه، يمنع القانون المدني تقاضي فوائد ربوية بجميع أنواعها وأشكالها وتحت أي مسمى، كما سنرى. وهذا المنع يتضح بصفة خاصة في نصي المادتين ٣٠٥، ٥٤٧ من هذا القانون، إذ تمنع المادة الأولى تقاضي فوائد في جميع المعاملات. أما المادة الثانية (م/٥٤٧) فتقصر المنع على القروض فقط. وهذا ماسنقوم بشرحه وتفصيله فيما يلي:

أولا - المادة ٣٠٥ من القانون المدني:

تنص المادة (٣٠٥) من القانون المدني رقم ٦٧/ ١٩٨٠ على أن:

١ - «يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به.

٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ثبت أن ذلك لايقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلا».

ويتبين من هذا النص التشريعي الصريح والواضح في تحريم تقاضي فوائد ربوية، أن التحريم هنا قد أتى بصفة عامة ومطلقة لايرد عليه أي استثناء. ولعل المشرع في إيراده لهذا الحكم قد سار على هدي ونهج الشريعة الإسلامية الغراء في تحريمها للربا، باعتباره أخذاً وأكلا لأموال الناس بالباطل، وكسبا غير مشروع، واستغلالا لحاجات الناس، وظلما لهم وجعل رأس المال الوطني حكراً أو دولة بين أيدي حفنة قليلة من المواطنين، دون السواد الأعظم منهم، فضلاً عما يعطيه ذلك لتلك الفئة من نفوذ وسلطة وتسلط على صنع القرار السياسي في البلاد وتجيير ذلك القرار لحماية مصالح تلك الفئة والإبقاء على نفوذها واستمراره، دون اعتبار أو مراعاة لمصالح الدولة ومصالح السواد الأعظم من مواطنيها وسكانها.

وهذا الموقف الصريح والحازم والشجاع من المشرع الكويتي في تحريمه وحظره للفوائد الربوية بجميع أنواعها وأشكالها نادر بين التشريعات العربية بحسب معلوماتنا. ولعله في ذلك قد استمع، وبعد مرور أكثر من ثلاثين (٣٠) سنة، لتوجيه المذكرة

التفسيرية للدستور الكويتي التي حثت المشرع العادي على الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما استطاع إلى ذلك سبيلاً، رغم أنها قد أجازت له في الوقت ذاته عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية إذا واجه صعوبات عملية في مجال نظم الشركات والتأمين والبنوك والقروض والحدود وغيرها. لاسيما وأن الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة الثانية من الدستور تعد مصدراً رئيسياً للتشريع، وليست المصدر الرئيسي والوحيد للتشريع أو الأحكام.

ويلاحظ على نص المادة المذكورة أن المشرع قد حرص على منع أي اتفاق على تقاضي فوائد، سواء كان ذلك بشكل صريح وظاهر أو بشكل خفي أو مستتر، واعتبر كل اتفاق من ذلك القبيل باطلا بحكم القانون. ولنفس الغرض فقد وسع المشرع الكويتي من مفهوم الفائدة الربوية، لتلافي ما يسبغه بعض المتعاملين من أشكال الصورية أو التمويه على عقودهم ومعاملاتهم أو تصرفاتهم للالتفاف حول أحكام منع الفوائد الربوية. ولذلك فقد منع المشرع تقاضي كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها يشترطها الدائن، وذلك إذا ثبت أن الدائن لم يقدم خدمة حقيقية متناسبة مع تلك المنفعة أو العمولة التي يطلب الحصول عليها. ولذلك قضت المحكمة الكلية الكويتية بأن فرض الدائن رسما جزائيا مقداره واحد في المئة (١٪) هو في حقيقته فائدة تأخيرية بواقع (١٪)[١]. كما قضت محكمة الاستئناف الكويتية بأن فرض (٣٪) رسوم خدمات على المدين هو من قبيل الفوائد المستترة لعدم تقديم الدائن لخدمة حقيقية مقابل هذه الرسوم[٢].

وقد يثور خلاف حول من يتحمل عبء إثبات أن المنفعة أو العمولة التي يحصل عليها الدائن لايقابلها في الحقيقة تقديم خدمة حقيقية من ذلك الدائن، أو أن تلك الخدمة لا تتناسب مع المنفعة أو العمولة التي يحصل عليها ذلك الدائن.

بالرجوع إلى نص المادة (٣٠٥/ ٢) سالفة الذكر نجد أنها لم تحدد صراحة من يتحمل ذلك العبء، ومن ثم تكون هذه المادة قد أحالت الأمر إلى أحكام القواعد العامة في الإثبات. ووفقا لأحكام هذه القواعد «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه»[٣]. ولذلك على الدائن إثبات حقه في الحصول على المنفعة أو العمولة.

(١) المحكمة الكلية الدائرة التجارية، الحكم رقم ٦٨٦١/ ٨٦ جلسة ٥/ ١/ ١٩٨٧م غير منشور.
(٢) محكمة الاستئناف العليا، الحكم رقم ٧٧٦/ ١٩٨٤م تجاري جلسة ١٩/ ٢/ ١٩٨٥م.
(٣) المادة الأولى من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم / ٣٩/ ١٩٨٠م.

وفي تقديرنا يكون ذلك بإثبات الخدمات التي قدمها الدائن للمدين، وإثبات أن تلك الخدمات متناسبة بصورة تقريبية وليس حسابية مع المنفعة أو العمولة التي يطالب الدائن بالحصول عليها. وعلى المدين في مقابل ذلك إن هو أراد نفي أو إنكار حق الدائن في الحصول على تلك المنفعة أو العمولة أن يثبت بأنه لم يحصل على خدمة من الدائن، أو أن تلك الخدمة لاتتناسب والعمولة أو المنفعة التي يطالب بها الدائن، ومن باب أولى أن يثبت أنه قد وفى بتلك العمولة أو المنفعة للدائن وأن ذمته بريئة من الدين.

وباعتبار أن المدين غالباً هو الطرف الأضعف في العقد، فإن الشك حول واقعة تقديم الخدمة أو تناسبها مع العمولة أو المنفعة التي يطالب بها الدائن ومدى وفاء المدين بذلك ينبغي أن يفسر لمصلحة المدين. كما أن القضاء ينبغي أن يتشدد في الحكم لصالح الدائن بعمولة أو منفعة لمنع المتلاعبين من اتخاذ العمولة أو المنفعة وسيلة لتحقيق غاياتهم في الحصول على فوائد ربوية. ولاشك أن لقاضي (محكمة) الموضوع دورا أساسيا وحاسما في كشف أساليب التحايل على أحكام منع تقاضي فوائد ربوية وفضح ماتتضمنه العقود والتصرفات من صورية في هذا الشأن.

ويلاحظ على نص المادة المشار إليها آنفاً (م/ ٣٠٥) أنها قد منعت تقاضي فوائد في مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود أو جزاء التأخر في الوفاء بذلك المبلغ، دون انتفاع المدين بالعقارات والأراضي والسلع والخدمات التي من المكن أن يقوم بشرائها أو استئجارها، وهي بذلك قد حصرت مفهوم الربا أو الفوائد الربوية باقتراض النقود. أما التعامل بغير ذلك فلا يشمله مفهوم الربا باعتباره يدخل في مفهوم التعامل التجاري مصداقا لقوله تعالى ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[1] ومن ثم فإن المقابل الذي يحصل عليه الدائن في المعاملات التجارية يعد ربحا (profit) حلالا وليس فائدة (intercst). وذلك بشرط أن يخلو من شبهة التعامل الربوي الظاهر أو المستتر، لاسيما ربا البيوع بنوعيه: ربا الفضل وربا النسيئة، فضلا عن ربا الجاهلية.

ثانيا - المادة ٥٤٧ من القانون المدني:

تنص المادة ٥٤٧ من القانون المدني على أن:

(١) سورة النساء الآية (٢٩)وانظر في تفسيرها مختصر تفسير ابن كثير المرجع السابق.

١ - «يكون الإقراض بغير فائدة. ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك، دون مساس بعقد القرض ذاته.

٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض».

وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في تحريمها لتقاضي فوائد على القروض، باعتبار أن الإسلام أباح «القرض على أساس التعاون والإخاء الإنساني، وتفريج الكروب والنوازل، وشدد النكير على المرابين وهددهم بأشد أنواع التهديد والوعيد». ولكن المادة المذكورة لم تجعل العقد فاسداً على غرار الفقه الإسلامي بل اعتبرته صحيحاً منتجا لكافة أثاره. واقتصرت على بطلان شرط الحصول على فائدة وحده. واعتبرت هذه المادة في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض (الدائن). ولذلك فإن المقترض (المدين) لايلزم عند حلول أجل القرض إلا برد مبلغ القرض دون زيادة، وهذا ما أكدت عليه المادة ٥٤٨ من القانون المدني بقولها «على المقترض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو عند سقوطه. فإذا لم يتفق على أجل أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً للرد وفقاً للظروف» وللقاضي في تعيين الميعاد المناسب أن يراعي الإرادة المفترضة للمتعاقدين، وهي تحدد على ضوء العرف والغرض من القرض دون مراعاة للحالة المالية للمقترض. إذ إن تحديد الأجل ليس له علاقة بنظرة الميسرة[1] أو المهلة القضائية التي يملكها القاضي وينظر في شأنها بعد حلول الأجل لا قبله.

ونظراً لكون القرض دون أجر أو مقابل، لذلك يلزم المدين برده في موطن الدائن (المقرض)، لكي لايتكبد الدائن بمصروفات في سعيه للحصول على مبلغ القرض، وذلك ما لم يتفق على غير ذلك[2] ولذات السبب، فإن نفقات القرض تكون على عاتق المدين كنفقات تحرير العقد والرهن الذي يضمن القرض ومصروفات تسليم القرض ورده مالم يتفق على غير ذلك.[3].

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني صفحة ٤١٠ التي أعدتها لجان تطوير التشريعات بمكتب وزير الدولة للشئون القانونية والإدارية. انظر المادة ٥٤٩ من القانون المدني.

(٢) المرجع السابق ص ٤١١.

(٣) المادة ٥٥١ من القانون المدني والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص ٤١١.

المبحث الثاني
حق الدائن في التعويض
«البديل عن الفوائد الربوية»

يبدو أن القانون المدني قد أعطى للدائن مبلغا من النقود بديلًا عادلًا عن الفوائد الربوية التي حرمها عليه. وهذا البديل يتمثل في إعطاء الدائن حق المطالبة بتعويض عن تأخر المدين بالوفاء بالدين. ولكن هذا الحق ليس مطلقاً، إذ قيده المشرع بقيود وشروط، أريد بها تحقيق العدالة وإضفاء روح التكافل والتعاون بين أفراد المجتمع، لاسيما في مجال المعاملات المدنية. ولذلك نصت المادة (٣٠٦) من القانون المدني على الآتي:

«إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره، مع قدرته على الوفاء وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة».

ومن هذا النص التشريعي الواضح يتضح أن حق الدائن في الحصول على تعويض في مثل تلك الحالة التي أشار إليها النص يستلزم توافر أو وجود شروط وقيود نص عليها القانون وهي على سبيل الحصر:

أولا - أن يكون محل التزام المدين مبلغاً من النقود:

وهذا الشرط لازم، لأن المشرع، كما أسلفنا لم يحرم تقاضي فوائد إلا إذا كان محل التزام المدين شيئاً أخر. كأن يكون تسليم عقار أو منقول آخر غير النقود، أو أداء عمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل، فلا يسري عليه حكم المادة المذكورة. وبهذا يختلف حكم القانون المدني عن أحكام الشريعة الإسلامية التي تمد المنع أو التحريم إلى عدد من المنقولات أو السلع الأخرى، كالقمح والشعير والملح التي أشار إليها الحديث النبوي الشريف.

ثانياً - أن يتأخر المدين أو يمتنع عن الوفاء:

يشترط أيضاً لتطبيق ذلك الحكم تأخر المدين أو امتناعه عن الوفاء بالنقود محل الدين، ولذلك لايجوز المطالبة بتعويض إذا لم يحصل امتناع أو تأخير من قبل المدين،

لأن هذا التعويض لن يكون له محل. وهذا حكم منطقي في مفهوم الشريعة والقانون المدني، خلافاً لأحكام القانون التجاري، كما سنرى.

ثالثا - إعذار المدين وإنذاره:

يشترط للمطالبة بتعويض عن امتناع المدين عن الوفاء أو تأخره في الوفاء عن الميعاد المتفق عليه لسداد الدين أن يقوم الدائن بتوجيه إنذار إلى المدين يطالبه فيه بالوفاء ويحدد له ميعاداً لذلك، بحيث إذا لم يتم الوفاء خلال هذا الميعاد، جاز للدائن بعد ذلك أن يقوم برفع دعوى قضائية لمطالبة المدين بالوفاء بمبلغ الدين الأصلي وتعويض قضائي مناسب بحسب ماتقدره المحكمة المختصة.

وهذا الحكم يتفق مع أحكام القواعد العامة التي يتضمنها القانون المدني، إذ «لايستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين مالم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك»[1]. «ويكون إعذار المدين بإنذاره، والوسيلة إلى ذلك هي ورقة رسمية توجه من الدائن إلى المدين عن طريق مندوب الإعلان»، وهو مايسمى بالإنذار الرسمي على يد محضر. ويقوم مقامها أي ورقة رسمية أخرى تؤدي نفس الغرض، كصحيفة الدعوى والتي تتضمن تكليف المدين بالحضور أمام المحكمة. ويجوز للدائن والمدين الاتفاق على وسيلة أخرى للإنذار، كأن يكون ذلك بخطاب مسجل موصى عليه بعلم الوصول أو ببرقية، كما يجوز لهما الاتفاق ابتداء على جواز الرجوع بالتعويض دون حاجة إلى إنذار مسبق[2].

ونص القانون المدني على حالات مذكورة على سبيل الحصر يجوز فيها للدائن الرجوع بالتعويض دون حاجة إلى إنذار مسبق، ومما يناسب منها الموضوع الذي نحن بصدده الحالات الآتية[3]:

أ - إذا اتفق على أن يعتبر المدين مخلا بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل.

ب - إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

وبما أن التزام المدين هنا هو الوفاء بمبلغ معين من النقود وهو من المثليات، فإنه

---

(١) المادة ٢٩٧ من القانون المدني والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المادة ٢٩٩ من القانون المدني ومذكرته الإيضاحية.

دائماً ممكن، ولكن قد يعرض المدين نفسه للإفلاس بأنواعه الثلاثة: وهي الإفلاس العادي والتقصيري والتدليسي، ومن ثم يجوز الرجوع عليه دون حاجة إلى إنذار مسبق.

ج - إذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه. أي أنه امتنع صراحة قبل حلول أجل الدين أو عند حلوله أو بعد ذلك بأنه لن يوفي الدين، وبشرط أن يكون ذلك عن طريق الكتابة، كأن يرسل رسالة أو برقية بذلك.

رابعا - أن يكون المدين قادراً على الوفاء:

وخلافاً لأحكام القانون التجاري، فإن القانون المدني لايجيز الرجوع على المدين بالتعويض في مثل الحالة التي نحن بصددها إلا إذا كان قادراً على الوفاء، أي أنه مدين ظالم ومماطل يريد أكل مال الدائن بالباطل. أما إذا كان المدين معسراً وامتنع أو تأخر عن الوفاء نتيجة لهذا الإعسار، فلا يجوز الرجوع عليه بالتعويض. لأن تأخره في الوفاء بالدين يكون في هذه الحالة لسبب خارج عن إرادته.

ووفقا لأحكام القواعد العامة يفترض في المدين القدرة على الوفاء، ولذلك فإن عبء إثبات عجزه عن الوفاء يقع على عاتقه، لأن الدائن ملزم بإثبات الالتزام في أصله[1] أي إثبات أنه دائن للمدين، دون إثبات قدرة المدين على الوفاء، ولكن له أن يقدم أدلة على قدرة المدين على الوفاء، إذا قام المدين بتقديم أدلة على عجزه وعدم قدرته على الوفاء. وهذه مسألة إثبات يتناضل فيها الخصمان أمام المحكمة، وفقاً لأحكام الإثبات التي يقضي بها قانون الإثبات رقم ٣٩/ ١٩٨٠م[2].

خامسا - أن يلحق الدائن ضرر غير مألوف بسبب عدم وفاء المدين بالدين:

لكي يحصل الدائن على تعويض عن عدم وفاء المدين بالدين في الميعاد المتفق عليه، يجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر بسبب ذلك، ويجب أن يكون هذا الضرر غير مألوف، إذ لايكفي إصابة الدائن بضرر مألوف أو عادي. والمشرع لم يعرّف الضرر غير المألوف، ولكن المذكرة الإيضاحية أعطت لذلك مثالين: الأول ويتمثل في حالة «ما

(١) المادة الأولى من قانون الإثبات رقم ٣٩/ ١٩٨٠م تنص على أن «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه».

(٢) ذهبت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أنه يجب على الدائن أن يثبت قدرة المدين على الوفاء. وهذا خطأ قانوني في تقديرنا نرى أن واضع المذكرة الإيضاحية قد وقع فيه (صفحة ٢٧٩).

إذا كان الدائن قد اعتمد على أنه سيستوفي حقه في موعد استحقاقه وارتبط بناء على ذلك بصفقة يلتزم فيها بمبلغ يستحق في موعد استحقاق الدين الذي له أو بعده بقليل. وبسبب عدم وفاء مدينه، وبالتالي عدم وفائه هو بما عليه، فسخ العقد الذي تمت به الصفقة وحكم عليه بالتعويض». أما المثال الثاني فيتحقق في «حالة ما إذا كان الدائن قد اعتمد على المبلغ الذي لم يف به المدين ليفي دينا عليه، ولما تأخر المدين تأخر الدائن في الوفاء بما عليه وانتهى الأمر بالحجز على منزله وبيعه جبراً».

ويلاحظ على هذين المثالين أنهما غالباً ما يتعلقان بمعاملات وصفقات تجارية أكثر من تعلقهما بمعاملات مدنية، أما الضرر غير المألوف فيهما فيتجسد في النتيجة التي تترتب على عدم وفاء المدين بالدين في الميعاد المتفق عليه. وهو في المثال الأول فسخ العقد الذي أبرمه الدائن مع الغير ورجع هذا الغير بالتعويض عليه أي الدائن بسبب عدم وفائه هو بالدين بسبب عدم وفاء مدين الأخير بما في ذمته في الميعاد المحدد في العقد. أما في المثال الثاني فإن الضرر غير المألوف يتمثل في الحجز على منزل الدائن وبيعه جبراً. ولاشك أن الضرر هنا جسيم لايمكن جبره إلا بحصول الدائن على تعويض عادل.

ونرى أن المشرع لم يكن موفقا في اشتراطه أن يكون الضرر غير مألوف، خاصة وهو قد حرّم على الدائن الحصول على فوائد ربوية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تعبير أو مصطلح «غير مألوف» تعبير غير مألوف للقضاء والفقه، ومن ثم قد يسبب الضيق والحرج للقضاء الكويتي عند إعمال أو تطبيق هذا النص، فضلاً عما في هذا النص من تشدد، وهو ما اتضح من المثالين اللذين أشارت لهما المذكرة الإيضاحية.

ولايشفع لذلك ماذكرته تلك المذكرة من أن المحكمة أو القاضي لايلتزم بأحكام القواعد العامة بالتعويض، أي ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بل تراعي مقتضيات العدالة، الأمر الذي يفتح الباب أمام القاضي ليدخل في اعتباره كافة الظروف بطرفي النزاع. فهذا القول غير صحيح على إطلاقه، إذ وفقاً لأحكام القواعد العامة فإن القاضي غير مقيد «بقيد الضرر غير المألوف» فله أن يحكم للدائن بتعويض يتناسب والضرر الذي أصابه سواء كان ضرراً مألوفاً أو غير مألوف، وسواء كان يسيراً أو جسيماً، طالما لم يثبت أن ذلك الضرر قد نص القانون أو جرى العرف على التسامح فيه أو التغاضي عنه. فوفقا لهذا النص يواجه الدائن حاجزاً قانونياً عالياً جداً عليه أن يتجاوزه

وهو حاجز كون «الضرر غير مألوف»، وذلك قبل أن يعطى للقاضي سلطة تقديرية في أن يقدر التعويض وفقا لمقتضيات العدالة. كما أن مقتضيات العدالة بدورها قد تعد معياراً غير دقيق، لأن النطاق الأوسع والأكثر رحابة في نظرنا لتحديد مقدار التعويض هو ذلك النطاق الذي يشمل ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب. فهذا التعويض هو بالذات ما تقتضيه العدالة، وما عداه إما أن يعد ظلما للدائن أو ظلما للمدين.

لهذا السبب نرى أنه يكفي للدائن هنا أن يثبت أنه قد أصابه «ضرر» دون تحديد درجة جسامته ونترك ذلك لأحكام القواعد العامة، سواء وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء أو أحكام القانون المدني. فمن المقرر وفقاً لأحكام الشريعة أنه «لاضرر ولاضرار» «والضرر يزال شرعا». وهذه قواعد وأحكام كلية تعطي للمضرور حق المطالبة بالتعويض وتلزم من تسبب في إحد ث ذلك الضرر بتعويض المضرور، وفقاً لمعايير وضوابط معينة. ومن ثم فلا يوجد خوف من إعطاء القضاء سلطة تقديرية في الحكم بالتعويض المناسب في ضوء هذه الأحكام وفي حدود تلك المعايير والضوابط.

ولاشك أن التشدد في إعطاء المضرور تعويضا عادلا، سينفر الناس من أحكام الشريعة ويحبب اليهم أحكام القوانين الوضعية وهذا ليس في مصلحة الإسلام والمسلمين بشيء، وفي وقت بدأت فيه القلوب والأنظار تتجه نحو العودة الحميدة إلى الله سبحانه وتعالى وتطبيق شرعه وشريعته، بعد أن عانى المسلمون من تجارب استيراد القوانين والفكر والثقافة فضلا عن المادة من الخارج، ومن مستعمر أبدى في قلبه عداء وفي عينه حسدا للإسلام والمسلمين.

سادساً - التعويض جوازي غير وجوبي للمحكمة:

تنص المادة ٣٠٦ آنفة الذكر في عجزها على أنه «جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة». ولذلك فإن توافر الشروط التي سبقت الإشارة إليها لاتعطي بذاتها للدائن الحق في الحصول على تعويض. وهذا في تقديرنا خطأ جسيم وقع فيه المشرع ويجب تلافيه في أسرع وقت ممكن، قبل أن تعرض حالات كثيرة على القضاء قد لايحكم لأصحابها بتعويض، مما يؤدي إلى شعورهم بالظلم والنفور من تطبيق أحكام الشريعة، والتي هي كما أسلفنا من قبل بريئة من مثل هذه الأحكام المصطنعة والغريبة عن الشريعة الإسلامية والمجتمع الكويتي وعن القوانين الإنسانية. إذ كيف يصاب شخص بضرر غير مألوف ولاتلزم المحكمة بإصدار حكم لتعويضه؟ إنه أمر مرفوض

تماماً، وقد يخفف منه أن القضاء عادة يحكم بتعويض للمضرور متى ما تم إثبات هذا الضرر وتوافرت الشروط الأخرى التي تتطلبها المادة السالفة الذكر.

وخلاصة موقف القانون المدني الكويتي من الفوائد الربوية تتمثل في المنع المطلق والبات لتقاضي الفوائد بكافة أشكالها وأنواعها. ولكن القانون أجاز للدائن الحصول على تعويض عادل في حال تأخر المدين أو امتناعه عن الوفاء بمبلغ من النقود ضمن بعض الشروط والقيود.

وننتقل بعد ذلك لبيان موقف القانون التجاري من الفوائد الربوية.

الفصل الثاني
موقف قانون التجارة الكويتي من الفوائد الربوية مع العناية بالأعمال المختلطة

تمهيد وتقسيم:

خلافاً للقانون المدني، فإن قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨/ ١٩٨٠م يجيز من حيث المبدأ للدائن تقاضي فوائد ربوية بكافة أنواعها وأشكالها، ولكن ضمن ضوابط ومعايير معينة. وموقف هذا القانون إزاء الفوائد يختلف بحسب ما إذا كان الدين بالنسبة **للمدين تجارياً أم غير تجاري**. وهنا كما أسلفنا تكمن **نقطة الخلاف وتبرز ثمرة البحث**، ولذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أولهما يخصص لدراسة موقف قانون التجارة من الفوائد على **الديون التجارية**، والثاني لدراسة موقف قانون التجارة من الفوائد على الديون غير التجارية. مع التذكير بأننا في كلا الموقفين ننظر إلى **شخص المدين دون شخص الدائن**، وذلك تمشياً مع ماتبناه المشرع الكويتي من أحكام في هذا الشأن.

المبحث الأول
موقف قانون التجارة من الفوائد على الديون التجارية

تمهيد:

كما تقدم، يجيز قانون التجارة تقاضي فوائد ربوية بكافة أنواعها. ويشمل ذلك

الفوائد الاتفاقية والقانونية والتأخيرية، **فضلاً** عن إجازة القانون لتقاضي تعويض تكميلي دون أن يكون ذلك مرتبطا بحدوث ضرر للدائن. ولكن القانون حدد سعر الفائدة القانونية، وأخضع الفائدة الاتفاقية للسقف الذي يحدده البنك المركزي بين حين وآخر. وحدد القانون نطاق تقاضي الفوائد ووضع معايير وضوابط لذلك، وهذا ما سنبدأ ببحثه ودراسته.

أولا - نطاق جواز تقاضي فوائد ربوية:

تنص المادة (١٠٢/ ١) من قانون التجارة على أن:

١ - «للدائن الحق في اقتضاء فائدة في **القرض التجاري**، ما لم يتفق على غير ذلك».

ومن هذا النص يتبين أن للدائن الحق في تقاضي فائدة دون حاجة إلى اتفاق صريح أو ضمني على ذلك. ولكن هذا الحق محصور ومقصور على **القروض التجارية** دون غيرها. أي أن مفهوم المخالفة لهذا النص هو عدم جواز تقاضي فوائد على القروض غير التجارية. فضلا عن ذلك، فقد أجاز القانون لطرفي العقد الاتفاق على عدم تقاضي فوائد ربوية، ومن ثم فإن القرض يكون هنا حسنا خاليا من الفوائد الربوية. وهذا الحكم يعد مبدأ عاماً ينبغي مراعاته بدقة. ولكن إذا كان المشرع قد أعطى للدائن الحق في الحصول على فائدة فإن ذلك كما ذكرنا، مقصور على القروض التجارية دون القروض غير التجارية أو القروض المدنية، إذ لايجوز في هذا القرض تقاضي فوائد ربوية. وإذا كان الأمر كذلك فإن هناك سؤالين يطرحان نفسيهما، لإعطاء إيضاح وتفصيل أكثر لهذا الحكم. والسؤال الأول هو **متى يكون القرض تجاريا؟** أما السؤال الثاني، **فهل ننظر في تجارية القرض إلى شخص المقرض أم الى شخص المقترض؟**

وقد أجاب المشرع نفسه على هذين السؤالين، فأراحنا بذلك من عناء البحث ومشقة الخلاف الفقهي، الذي قد يكون عقيماً في بعض الأحيان، إذ تنص المادة ١٠١ من قانون التجارة على **«أن القرض يكون تجارياً إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية»**.

وبذلك يكون القانون قد أعطى لنا «معياراً» نسترشد به في التمييز بين القرض التجاري وما عداه ويكون ذلك بالبحث أو السؤال عن قصد المقترض من وراء حصوله على القرض، فإن كان ذلك القصد قد انصرف لاستخدام مبلغ القرض في أعمال أو

معاملات تجارية فيكون القرض تجارياً كأن يكون المقترض قد أراد القيام بعمل من الأعمال التجارية الأصلية، سواء كانت أعمالاً تجارية وفقاً لمعيار المضاربة المشار إليها في المواد ٣، ٤، ٦، ٧ من قانون التجارة أو كانت تلك الأعمال من قبيل الأعمال التجارية بحكم القانون، وهي قائمة الأعمال الكثيرة التي أشارت إليها المادة الخامسة من قانون التجارة. ويعد القرض تجارياً في جميع هذه الأعمال باعتبار أن المقترض كما أسلفنا يسعى من وراء الحصول على القرض استثماره في نشاطه التجاري لتنمية هذا النشاط وتدعيمه بهدف نهائي هو الحصول على ربح من وراء القيام بالنشاط التجاري.

وباستخدامنا لهذا المعيار الغائي للتمييز بين القرض التجاري وما عداه، لايهمنا شخص المقترض ولكن يهمنا قصده أو نيته، وإن كان المقترض في أغلب الأحوال يكون تاجراً، شخصا طبيعياً كان أو معنويا. كما أن هذا الحكم يسري على القروض التي يراد استثمارها أو استخدامها في الأعمال المرتبطة بالأعمال التجارية الأصلية أو المسهلة لها، أي الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية، وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية، أي الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية، وذلك لأن قصد المقترض في الحالتين هو خدمة عمله أو نشاطه التجاري.

وكما أشار نص المادة ١٠١ من قانون التجارة فإننا ننظر إلى نية شخص المقترض أو المدين في تحديد تجارية القرض أو الدين. أما الدائن فلا اعتبار له، ولو أنه في الأغلب الأعم يكون تاجراً، ويقدم القرض بهدف تحقيق الربح. وهذه مسألة في غاية الأهمية، إذ إن الطرف الذي ينازع غالباً في سداد أصل الدين أو فوائده هو المدين وليس الدائن. ولذلك فإن منازعته تقبل أو ترفض حول هذا الأمر بحسب ما إن كان قد قصد استثمار مبلغ القرض في معاملات وأعمال تجارية أو لاستخدام القرض في سداد احتياجاته الشخصية والمعيشية، وهو مايطلق عليه القرض الشخصي أو الاستهلاكي (Personal Loan)، إذ لايجوز للمقترض أن يمتنع قانوناً وليس ديانة عن سداد القرض الأول وفوائده، وله أن يمتنع عن سداد فوائد القرض الثاني دون أصله.

ويترتب على استعمال هذا المعيار الغائي نتيجتان في غاية الأهمية وهما:

أولاً: يجوز قانوناً تقاضي فوائد ربوية في القروض التجارية، وفقاً للمفهوم الذي حددناه آنفاً، وجواز تقاضي الفوائد هنا مقصور على الجانب القانوني الوضعي دون الجانب الشرعي للفوائد الربوية، اذ تبقى محرمة شرعاً، ومن ثم فإن تقاضي هذه الفوائد

أو الامتناع عن تقاضيها يتوقف على إرادة المقرض أو الدائن فهي حرام عليه شرعاً جائزة له قانوناً، أو قضاء، وإن كان القضاء قد يكون له موقف مختلف، كما سنرى فيما بعد.

ثانياً: أما النتيجة الثانية فهي على نقيض النتيجة الأولى تماماً، إذ لايجوز قانونا وشرعاً تقاضي فوائد ربوية في القروض غير التجارية، ومن ثم فلا دخل هنا لإرادة الدائن، إذ إن الحكم هو عدم الجواز إطلاقاً، استناداً إلى مفهوم المخالفة لنص الماد ١٠٢ من قانون التجارة. وفي الحالتين يجب النظر إلى شخص المدين دون شخص الدائن في تقرير تجارية القرض أو عدم تجاريته، كما أسلفنا.

أنواع الفوائد وأسعارها ووقت الوفاء بها:

يبدو من نصوص قانون التجارة أنه يجوز للدائن فوائد قانونية واتفاقية وتأخيرية، ولكن لايجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد. وسعر الفائدة القانونية محدد بسبعة في المئة (٧٪) من أصل الدين[١]، أما سعر الفائدة الاتفاقية فقد ترك القانون أمر تقديره لأطراف العقد، فإذا تجاوز السعر سعر الفائدة القانونية، وهو غالباً ما يكون كذلك، فيجب ألا يزيد هذا السعر على السقف الأعلى لأسعار الفائدة التي يحددها مجلس إدارة البنك المركزي بعد موافقة وزير المالية. وإذا تم الاتفاق على سعر يجاوز ذلك فيجب تخفيضه إلى الأسعار المعلنة في تاريخ إبرام الاتفاق. كما يجب رد ما تم دفعه زيادة على تلك الأسعار[٢].

ولمنع الاتفاق الصوري للتحايل على الحد الأعلى لأسعار الفائدة فقد منع القانون تقاضي أي عمولة أو منفعة، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأعلى لسعر الفائدة، وذلك باعتبار أن تلك العمولة أو المنفعة فائدة مستترة، ولذلك يجب أن تخفض الفائدة إلى السعر المسموح به، ما لم يثبت أن تلك العمولة أو المنفعة يقابلها خدمة حقيقية قد أداها للدائن[٣]. ومن ثم يجوز له أن يحصل على العمولة أو المنفعة إضافة إلى الفائدة المتفق عليها.

وإذا تأخر المدين في الوفاء بمبلغ القرض عن الميعاد المتفق عليه، جاز للدائن أن يحصل على فوائد تأخيرية. ويحسب سعر الفائدة في هذه الحالة بحسب وجود اتفاق على تحديد سعر الفائدة، أو عدم وجود مثل هذا الاتفاق. فإذا وجد مثل ذلك الاتفاق فيحسب

---

(١) المادة ١٠٢ من قانون التجارة.

(٢) المادة ١١١ من قانون التجارة.

(٣) المرجع السابق.

سعر الفائدة على أساسه بشرط عدم تجاوز السقف الأعلى لأسعار الفائدة المعلن من قبل البنك المركزي، وإذا تخلف ذلك الاتفاق فيحسب السعر القانوني للفوائد وهو سبعة في المئة (٧٪)[١].

والفائدة هنا غير مرتبطة بإصابة الدائن بضرر، إذ يجوز للدائن المطالبة بها عند تأخر المدين بالوفاء دون حاجة لإثبات ترتب ضرر على ذلك التأخير. وهذا الحكم يسري على الفوائد القانونية والاتفاقية معاً[٢]. وفضلا عن ذلك «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات أن الضرر الذي يجاوز هذه الفوائد تسبب فيه المدين بغش منه أو خطأ جسيم». ولكن «إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع بسوء نية، فللمحكمة أن تخفض الفوائد، قانونية كانت أو اتفاقية، أو لاتقضي بها إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر»[٣].

وإذا كان القانون قد أجاز تقاضي فوائد اتفاقية أو قانونية على أصل الدين أو القرض، وفوائد تأخيرية وتعويض تكميلي جزاء تأخر المدين في الوفاء بالدين في وقت استحقاق الدين أو القرض، فإن المشرع قد منع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد. كما أن المشرع لم يجز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك في غير الأحوال التي ينص عليها هذا القانون «ودون إخلال بالقواعد والعادات التجارية وبما يوضع من قواعد للقروض طويلة الأجل»[٤].

ويلاحظ على هذا الحكم مدى تأثره بمصالح رجال المال وتأثير نفوذ هؤلاء على وجود هذا الحكم منذ وضع لأول مرة في قوانين الدول التي استمد منها النص، ونقل حرفياً إلى القانون الكويتي وغيره من القوانين العربية. فإذا جاز للدائن أن يتقاضى فوائد بكافة أنواعها وفقاً للقوانين الوضعية، وخلافاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، تحت مبررات وتأويلات مختلفة، فلا يجب والحالة هذه أن يبالغ في حساب نسبة الفائدة، ومن ثم فلا يجوز لقانون أن يصدر ولا لقاعدة أو عادة تجارية أن تنشأ بإجازة أن تصل الفائدة إلى مبلغ القرض أو تجاوزه، وإلا لكان ذلك ربا فاحشاً، وظلماً متعمداً لأصحاب

---

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٠٢/٢ من قانون التجارة.

(٢) المادة ١١٢ من قانون التجارة.

(٣) المادة ١١٤ من قانون التجارة.

(٤) المادة ١١٥ من قانون التجارة.

الحاجة، وهم غالباً السواد الأعظم من السكان، لمصلحة حفنة متسلطة من ذوي النفوذ والثراء الفاحش.

وإذا جاز ذلك في بعض القوانين الغربية التي استمد منها القانون الكويتي وغيره من القوانين العربية هذا الحكم، فلا يجوز ذلك في القانون الكويتي وغيره من القوانين العربية الأخرى، لأن جميع هذه الأقطار تدين بالإسلام الذي يحرم الربا، ولأن الشريعة الإسلامية بحسب دساتير هذه الدول مصدر رئيسي للتشريع، ومن ثم فلا يجوز نشوء أعراف أو عادات تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ماصرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في تفسيرها وتعليقها على أحكام المادة الثانية من القانون، قائلة: إن العرف المعتبر مصدرا من مصادر القانون المدني «هو ذلك الذي لايخالف النظام العام وحسن الآداب. فالعادات التي تتنافى مع الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي تقوم عليها الجماعة لاترقى أبداً إلى مرتبة العرف وإن طال عليها الأمد. وفي بلد - كالكويت - يدين بالإسلام بنص الدستور لايمكن أن يعتبر عرفاً كل مايخالف أصلًا من أصول الإسلام أو حكماً من أحكامه الإنسانية الثابتة»[1].

ولاشك أن تحريم الربا حكم متعلق بالنظام العام للمجتمع الكويتي المسلم، ولذلك يجب على المشرع الكويتي أن يعيد النظر في نص المادة ١١٥ من قانون التجارة وغيرها من المواد التي تجيز الربا، لاسيما الربا الفاحش، احتراماً لأحكام الشريعة الإسلامية ولإرادة الشعب الكويتي المسلم. كما ينبغي على القضاء والفقه أن يقوما بدورهما للدفاع عن الشريعة الغراء، قبل أن يأذن الله ورسوله بحرب علينا جميعا، كما قال في كتابه العزيز، إن لم تكن الحرب قد أعلنت فعلا[2].

وتجدر الإشارة إلى أن قوانين الولايات المتحدة الأمريكية المتعلقة بتنظيم النشاط المصرفي تمنع البنوك الوطنية من تقاضي فوائد ربوية. ولكن مفهوم الربا ونطاقه في تلك القوانين يختلف عن مفهوم الربا ونطاقه وفقاً للشريعة الإسلامية والقانون المدني الكويتي، إذ إن هذه القوانين تجيز تقاضي فوائد قانونية واتفاقية في حدود الأسعار القانونية والاتفاقية، ولكنها في الوقت ذاته تمنع تقاضي فوائد فيما يجاوز السقف الأعلى لأسعار

---

(١) انظر الصفحة ٩ من المذكرة الإيضاحية.

(٢) لتفسير الآية الكريمة التي تعطي هذا المعنى يرجع إلى مختصر تفسير ابن كثير اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني المجلد الأول، دار القرآن الكريم بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨١م.

الفائدة وتعتبر كل زيادة ربا (USURY). وينص قانون البنوك الوطنية (National Bank Act12 U.S.C.A) على تحديد سعر الفائدة بسبعة (٧٪) في المائة، ما لم تنص قوانين الولايات على تحديد سعر آخر للفائدة.

{When no rate is fixed by the laws of the States, or Territory, or Distriet,[1]. the bank may take, recieve, rescrve or charge rate not exeeding 7 per centum}.

وكجزاء على مخالفة أحكام القانون، فإن البنك المرابي يفقد حقه كلياً في الحصول على أية فائدة في حال مخالفته لسعر الفائدة الذي حدده القانون. ولذلك لايجوز له المطالبة بأية فائدة. وإذا كان البنك قد حصل على الفائدة كلا أو جزءا - فإن من حق المدين المطالبة باسترداد تلك الفائدة[٢].

وقت الوفاء بالفائدة:

تنص المادة ١٠٣ من قانون التجارة على أن «تؤدى الفائدة في نهاية السنة إذا كانت مدة القرض سنة أو أكثر وفي يوم استحقاق الدين إذا كانت المدة أقل من سنة، وذلك مالم يتفق على غيره». وهذا الحكم يسري على الفوائد المستحقة على أصل القرض أو الدين. أما فوائد التأخير فتؤدى «بمجرد استحقاقها، مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك»[٣].

المبحث الثاني
موقف القانون التجاري من الفوائد في الأعمال المختلطة

تمهيد:

تعريف: الأعمال المختلطة «هي تلك الأعمال التي تعد تجارية لطرف ومدنية لطرف

---

(١) انظر: 12 U.S.C.A.S.85 ومن أشهر القضايا التي عرضت على القضاء الأمريكي في شأن الربا قضية:
Daggs v.phoenix National Bank, year 1900.
أشار إليها: James A. White, Banking Law West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1976 p.125.

(٢) انظر أيضاً 12 U.S.C.A, S 85 وقضيته: Farmers' and Mechanic National Bank v. Dearing
مشار إليها في المرجع السابق صفحة ١٥٦.

(٣) المادة ١١٣ من قانون التجارة.

آخر في عمل أو تصرف قانوني وفقاً للمعايير والمفاهيم التي أخذ بها القانون الكويتي».

وهي أكثر الأعمال وقوعاً في حياتنا اليومية، ومن أبرز أمثلتها ما نقوم بشرائه من ملابس ومواد غذائية للاستعمال أو الاستهلاك الشخصي، فضلا عن المنافع والخدمات التي نحصل عليها من ركوب سيارات النقل العام وطائرات السفر والقطارات، ففي جميع هذه الحالات نحن نبرم عقوداً لاتعد تجارية بالنسبة لنا، لأن قصدنا من وراء إبرام هذه العقود هو إشباع حاجاتنا الشخصية، وليس تحقيق ربح. ولكن هذه العقود تعد عملاً أو تصرفاً تجارياً للطرف الآخر لأنه يسعى من وراء ذلك إلى تحقيق الربح.

وتثير هذه الأعمال تساؤلاً حول القانون الواجب التطبيق، إذ قد تخضع لنظام قانوني واحد أو تخضع لنظام قانوني مزدوج. وفي كلتا الحالتين تواجهنا صعوبة، إذ إنها لو أخضعت لنظام قانوني واحد لكان في ذلك إهدار للنظام القانوني الآخر أو تضييق لنطاق تطبيقه. ولو طبقنا النظامين معا لأدى ذلك لتجزئة العقد أو العمل الواحد بين نظامين مختلفين، وقد يتعذر إجراء تلك التجزئة أحياناً، لصعوبة ذلك.

وقد اختلفت الحلول التي أخذت بها التشريعات للمفاضلة بين النظام الموحد والنظام المزدوج. وقد استقر الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا على الأخذ بالنظام المزدوج، إذ يتم تطبيق أحكام القانون المدني والتجاري معا على العمل المختلط، بشرط إمكانية التنسيق بين قواعد القانونين. وإذا تعذر ذلك فتتم التضحية بأحكام أحد القانونين لحساب القانون الآخر. ومعيار التضحية هو طبيعة العمل بالنسبة للمدين، وذلك بحسب ما إذا كان العمل بالنسبة له تجارياً أو مدنياً. فإن كان العمل مدنيا تتم التضحية بأحكام القانون التجاري والعكس صحيح(١).

أما المشرع الكويتي فقد أخذ بالنظام القانوني الموحد، إذ انحاز إلى جانب القانون التجاري، وبذلك أصبح القانون التجاري هو القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة، وذلك لرغبة المشرع في توسيع نطاق تطبيق القانون التجاري على حساب مجلة الأحكام العدلية عند إصدار قانون التجارة رقم ٢/١٩٦١م الملغى. وأخذ قانون التجارة الجديد رقم ٦٨/ ١٩٨٠م بالنظام القانوني الموحد، دون مراعاة لتغير الظروف، إذ ألغيت مجلة الأحكام العدلية وحل محلها قانون مدني جديد وحديث في أحكامه، ومن ثم فلم

(١) انظر هذا في المعنى د. فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني، مجلة المحامي، السنة ١١ الأعداد يوليو - سبتمبر، ١٩٨٨م.

تعد هناك حاجة لتوسيع نطاق تطبيق القانون التجاري على حساب القانون المدني، لاسيما وأن القانون الأخير هو الشريعة العامة أو الأم لأحكام القانون الخاص.

وتأكيدا لذلك التوجه المنحاز فقد نصت المادة (١٢) من قانون التجارة على أنه «إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة عن هذا العقد، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك». وإذا كان هذا النص باعتباره قاعدة إسناد يحدد القانون الواجب التطبيق وهو القانون التجاري، إلا أنه قد تسبب في اختلاف أحكام القضاء وآراء الباحثين والفقهاء، لاسيما اذا تعلق الأمر بتطبيق هذا النص عند الخلاف بين الدائن والمدين حول تقاضي فوائد ربوية، وخاصة إذا كان العقد (القرض) بالنسبة للمدين غير تجاري وفقاً لأحكام المادتين ١٠١ و١٠٢ من قانون التجارة والتي سبقت الإشارة إليهما فيما تقدم. وإذا كان الأمر كذلك فهل يوجد تعارض بين حكم المادتين (١٢) و(١٠٢). وإذا كانت الإجابة بالنفي فإين تكمن المشكلة في تطبيق أحكام هاتين المادتين؟ وهذا ماسنقوم بمعالجته في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

عدم وجود تعارض بين المادتين ١٢ و١٠٢ من قانون التجارة

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني والتجاري نجد أنه لايوجد تداخل بين أحكامهما، إذ إن كلا منهما قد حدد نطاق تطبيقه بنصوص واضحة وصريحة. فالمادة الأولى من قانون التجارة تنص على أن أحكامه تسري «على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر».

والمادة الثالثة منه عرّفت الأعمال التجارية، وحددت المعيار الذي تبناه المشرع للتمييز بين الأعمال التجارية وما عداها، بقولها «الأعمال التجارية هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة ولو كان غير تاجر». والمادة الخامسة من القانون وضعت قائمة بمجموعة كبيرة من الأعمال اعتبرتها أعمالاً تجارية بحكم القانون، وذلك لسد النقص في معيار المضاربة. أما المادة (١٢) من القانون - وكما أشرنا اعلاه - فقد أعطت للقانون التجاري الحق في التطبيق على الأعمال المختلطة، وذلك مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك. وفي مجال الفوائد الربوية فقد أجاز القانون للدائن تقاضي فوائد قانونية واتفاقية وتأخيرية، فضلاً عن تعويض تكميلي، بشرط أن يكون الدين تجارياً بالنسبة للمدين وذلك

على التفصيل الذي أشرنا إليه سابقاً لاسيما أحكام المواد ١٠١ و ١١٠ - ١١٥ من قانون التجارة.

أما القانون المدني وباعتباره الشريعة العامة لأحكام القانون الخاص فلم يحدد أو يحصر المشرع نطاق تطبيقه في أعمال أو تصرفات معينة، ولذلك فإن أحكامه تكون واجبة التطبيق، على كل مسألة من مسائل القانون الخاص لايوجد لها حكم في تشريع خاص، كالتشريع التجاري، أما في مجال جواز أو تحريم تقاضي فوائد ربوية فقد تصدى المشرع لهذه الآفة الاقتصادية والاجتماعية بنصوص صريحة وواضحة وبموقف صلب شجاع لايقبل التأويل أو التحوير، وكما أسلفنا فقد حرم المشرع تقاضي فوائد ربوية بكافة أشكالها، وذلك في المادتين ٣٠٥ و٥٤٧ من القانون المدني. ولكن قد تدق المسألة عند قراءة أو تطبيق حكمي المادتين ١٢ و١٠٢ من قانون التجارة معا، لاسيما إذا كانت تلك القراءة أو التطبيق مشوبة بالتسرع، فالمادة (١٢) وكما قدمنا تنص على أن القانون التجاري هو القانون الواجب التطبيق على الأعمال أو التصرفات المختلطة، وذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ومن المتفق عليه أن هذه المادة ما هي إلا قاعدة إسناد تحيل إلى قاعدة موضوعية. وهذه القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق على الأعمال المختلطة، وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر بالفوائد الربوية لن تكون إلا تلك القواعد أو الأحكام المنصوص عليها في المواد ١٠١ - ١٠٣ و١١٠ - ١١٥ من قانون التجارة. وبالرجوع إلى هذه الأحكام نجد - وكما أسلفنا - أن المادة ١٠١ قد عرفت القرض التجاري قائلة «يكون القرض تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية». وهذه المادة ليست قاعدة موضوعية ولاقاعدة إسناد ولكنها قاعدة تكييف أو تعريف للقرض التجاري. أما القاعدة الموضوعية فهي تلك التي نصت عليها أحكام المواد ١٠٢ - ١٠٣ - ١١٠ - ١١٥ من قانون التجارة، لاسيما أحكام المادتين ١٠٢ و١١٣. فالمادة الأولى (١٠٢) نصت صراحة وبكل وضوح على أن «للدائن الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري، ما لم يتفق على غير ذلك». ونظرا لكونها قد أتت مباشرة بعد المادة ١٠١، التي تعرف القرض التجاري فهي قد قضت وليس بمفهوم المخالفة فحسب، ولكن أيضاً وبشكل مباشر - في تقديرنا - بحكم في غاية الوضوح والصراحة والحزم مؤداه أنه لايجوز للدائن تقاضي فوائد على قرض أو دين تجاري، إلا إذا كان الدين أو القرض بالنسبة للمدين - لا للدائن - يعد تجارياً، وفقا لتعريف القرض التجاري المشار إليه في المادة ١٠١ سالفة الذكر. ويؤكد ذلك ويدعمه أحكام المواد ١٠٣ و١١٠ - ١١٥ من قانون التجارة.

وخاصة المادة ١١٣ التي أشارت إلى أن الفوائد عن التأخير لاتستحق إلا بالنسبة «للديون التجارية». وينبغي هنا أيضا تفسير عبارة أو لفظ «الديون التجارية» بالنسبة للمدين وليس للدائن.

ومن هذا نخلص إلى أن المادة (١٢) باعتبارها قاعدة إسناد تنص على أن القانون التجاري هو القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة. وبدلالة المادة (١٢)، نجد أن أحكام المواد ١٠١ - ١٠٣ و١١٠ - ١١٥ من قانون التجارة هي الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق على الفوائد الربوية وهذه المواد لا تجيز للدائن تقاضي فوائد إلا إذا كان القرض (الدين) تجاريا بالنسبة للمدين وليس للدائن. ولذلك إذا كان الدين بالنسبة للدائن تجاريا، وللمدين مدنيا فلا يجوز له تقاضي فوائد.

ومن باب أولى، يجوز للدائن تقاضي فوائد إذا كان الدين بالنسبة إليه وإلى المدين تجاريا. وذلك وفقاً لأحكام القانون التجاري وهو قانون وضعي. أما وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فيبقى الوضع على ماهو عليه، أي أنه لايجوز للدائن تقاضي فوائد ربوية، سواء تعلق الأمر بدين مدني أو بدين تجاري.

ويلاحظ أنه قد يترتب على استخدام مفهوم المخالفة لحكم المادة ١٠٢ مفارقة غريبة لايقبلها دين ولامصلحة ولاحتى منطق، إذ إنه قد يوحي النص إلى أنه إذا كان الدين بالنسبة للدائن مدنيا وللمدين تجارياً فإنه يجوز له تقاضي فوائد على ذلك الدين. وهذه ثمرة محرمة من ثمار المادة (١٢) والنظام القانوني الموحد الذي تبناه قانون التجارة الكويتي، دون كثير من التشريعات العربية. فضلا عن العيب في صياغة المادة ١٠٢. ولذلك يجب على الفقه والقضاء ألا يقبلا مثل هذا الحكم الظالم والخاطىء، خاصة وأن سند هذا الحكم ضعيف، وهو مجرد المفهوم العكسي لمفهوم المخالفة لحكم المادة ١٠٢، دون أي سند قانوني أو فقهي أو قضائي. ولذلك إذا كان لايجوز للدائن بدين تجاري أن يتقاضى فوائد على دين أو قرض مدني بالنسبة للمدين، فمن باب أولى ألا يجوز للدائن بدين مدني أن يحصل على فوائد ربوية على دين تجاري بالنسبة للمدين. لأن هذا هو المفهوم الصحيح لأحكام الدستور والقانون الكويتي باعتبارها وحدة قانونية واحدة تحدد معالم السياسة التشريعية والمصالح الاقتصادية والاجتماعية والمقاصد الشرعية المتوخاة من تلك السياسة. خاصة وأن المادة الثانية تنص على أن «الإسلام دين الدولة، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع». كما أن المذكرة الإيضاحية للدستور لم تجز

للمشرع العادي مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية إلا إذا واجهته «صعوبة» وإذا كانت هذه الصعوبة تعد في نظر المشرع منتفية في حق الدائن بدين تجاري في مواجهة مدينه بدين مدني، فإنها والحال كذلك تعد منتفية أيضا في حق الدائن بدين مدني، حتى ولو كان مدينه مدينا بدين تجاري وفقا لمفهوم المادتين ١٠١ و١٠٢ سالفتي الذكر.

المطلب الثاني
أسباب الخلاف القضائي والفقهي حول الفوائد الربوية

تمهيد:

عند الرجوع إلى بعض أحكام القضاء وآراء الفقهاء والباحثين حول مدى جواز تقاضي فوائد ربوية في الديون (القروض) المختلطة، نجد أن هذا الخلاف يرجع في أساسه إلى سببين رئيسيين:

الأول - ويكمن في إيمان البعض في قطعية تحريم الفوائد الربوية.

الثاني - ويكمن في خطأ البعض في فهم القانون وتطبيقه.

وسنعرض لكل منهما في ما يلي:

الفرع الأول
إيمان بعض القضاة والفقهاء في قطعية تحريم الفوائد الربوية:

كما ذكرنا فيما تقدم، تحرم الشريعة الإسلامية الغراء وبشكل قاطع تقاضي فوائد ربوية. كما تتضمن معظم الدساتير العربية، ومنها الدستور الكويتي نصوصا تؤكد على أن دين الدولة الإسلام وأن الشريعة الإسلامية «المصدر الرئيسي» أو «مصدر رئيسي للتشريع». ومعظم مواطني الدول العربية مسلمون يقرأون القرآن الكريم ويفهمون أحكامه، فضلا عن دراستهم للسنة النبوية المطهرة، وكل من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة يتضمن أحكاماً قاطعة في دلالتها على تحريم الربا. وإذا كان معظم السكان من المسلمين، فإن هذا أيضاً يسري على القضاة. ويواجه القاضي المسلم عذاباً نفسياً مريراً وهو يتصدى للحكم بالفوائد الربوية، إذ ينازعه واجب طاعة الله سبحانه وتعالى وطاعة رسوله الكريم

في أن يحكم بعدم جواز تقاضي فوائد ربوية، إذ لاعذر له في عدم الاستجابة لذلك الواجب الرباني القدسي، لاسيما وهو يعلم منذ أن كان طفلا في المرحلة الابتدائية وحتى تخرج من الجامعة وتعين وكيلا للنيابة ثم قاضيا في سلك القضاء أن الفوائد الربوية حرام، وأن الدليل على تحريمها قطعي في دلالته، مصدره القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وإجماع علماء الأمة لأكثر من (١٤) قرناً - والقاضي بهذا العلم المتيقن بتحريم الربا لايقبل لنفسه أن ينكر هذا الحكم الشرعي، لأنه على علم أيضاً بجزاء مخالفة ذلك متمثلا في قوله تعالى **﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾** و**﴿أولئك هم الظالمون﴾** **﴿وأولئك هم الفاسقون﴾** (سورة المائدة: آية ٤٤، ٤٥، ٤٧). وبذلك فإن القاضي الذي يحكم بما يخالف أحكام الشرع يقبل لنفسه وهو حر مختار أن يدخل في ملة الكفر، والعياذ بالله أو يدخل في صف الظالمين والفاسقين[١].

أما الواجب الثاني الذي يضغط على ضمير القاضي المسلم ويرهق وجدانه الإيماني هو واجب احترام القوانين الوضعية التي تجيز تقاضي الفوائد الربوية، كقانون التجارة الكويتي وغيره من القوانين المماثلة في الدول الإسلامية الأخرى. ولكن هنا أيضاً لاعذر للقاضي في احترام مثل هذه القوانين، لأن احترام هذه القوانين وطاعة ولاة الأمر مقيد بحكم شرعي ثابت، وهو في ألا تكون هذه القوانين مخالفة لحكم شرعي «إذ لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق»، حتى ولو كان هذا المخلوق هو الوالدين أو ولي الأمر.

ولاشك أن المسؤول الأول والأخير عن هذا الظلم الكبير الذي يرهق كاهل القاضي المسلم هو السلطات التشريعية والحكومات في الأقطار الإسلامية ورجال الفقه والإفتاء المسلمين، لاسيما أولئك الذين يتبوأون مراكز رسمية في مجال إبداء الفتوى وإبداء الرأي للحكام والمشرعين، حتى وإن كان ذلك شكليا في بعض الأحيان. فهذه الفئات من الحكام والمشرعين والفقهاء تنكروا عن «علم وإرادة» لأحكام القرآن والسنة مرضاة للغرب ولمصالحهم الشخصية، وبهذا فإنه يصدق في حقهم قول الباري عز وجل المشار اليه آنفاً **﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾**.

وأمام هذا العذاب النفسي والموقف الصعب والمحرج، يلتمس القاضي الكويتي لنفسه السبل في أن يوافق إيمانه سلوكه فيتخلص بذلك من ازدواجية الإيمان بشيء والعمل

---

(١) لتفسير هذه الآيات يرجع الى تفسير مختصر ابن كثير المرجع السابق، صفحة ٥١٧ ومابعدها. حيث توجد آراء فقهية كثيرة قيلت في أسباب نزول هذه الآيات وفي تحديد المخاطبين بها وجزاء من لم يحكم بما أنزل الله تعالى.

بخلافه. وهذا مانلمسه في بعض الأحكام التي أصدرها القضاء الكويتي منذ أوائل السبعينات وحتى الآن. ففي حكمين صدرا في السبعينات في ظل قانون التجارة الملغى وقبل صدور القانون المدني الجديد، امتنعت هيئة المحكمة الموقرة عن تطبيق أحكام قانون التجارة والمتعلق بجواز تقاضي فوائد ربوية بدعوى مخالفة أحكام الدستور الكويتي. وسنعرض بإيجاز شديد لبيان وجهة نظر المحكمة في هذين الحكمين:

ففي الدعوى رقم ١٩٧٨/٦٩٠٨م أقام تاجر (بائع) سيارات دعوى على كفيل المشتري المتضامن لمطالبته بقيمة الأقساط المتبقية من ثمن السيارة وفوائد الأقساط المتبقية وفقا لأحكام المادة ١٦٥ من قانون التجارة رقم ١٩٦١/٢ التي تجيز للدائن الحصول على فوائد تأخيرية قانونية بنسبة (٥٪). وقد قضت المحكمة بطلباته فيما عدا الفوائد التأخيرية، وذلك لمخالفتها حكم المادة الثانية من الدستور التي تقضي بأن «دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع» وإعمالاً للنص القرآني الكريم **﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾**. واستندت المحكمة إلى ذات النصوص لرفض طلب فوائد التعويض المستحقة في ذمة ناقل بحري لصاحب بضاعة (مرسل إليه) أصيبت بضاعته بتلف أثناء نقلها في البحر[(١)].

ولاشك أن الأساس الشرعي للامتناع عن الحكم بالفوائد الربوية أساس سليم وقوي، فتحريم الفوائد الربوية ثابت بنص قرآني قاطع في دلالته **﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾**. أما من ناحية الأساس القانوني الوضعي فهو محل نظر، إذ استندت المحكمة إلى نص المادة الثانية من الدستور في قضائها ولم تستند إلى أحكام قانون التجارة باعتباره القانون الوضعي الواجب التطبيق، فالدستور في مذكرته التفسيرية قد أجاز للمشرع العادي مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية إذا ما واجهته الضرورات العملية في مجال «الشركات والتأمين والبنوك والقروض والحدود وما إليها»[(٢)] فهذا الحكم محل نظر، لأنه كان في مقدور المحكمة أن تصل إلى نتيجة قريبة مما انتهت اليه، لو أنها أعملت نظرية الأعمال المختلطة التي سبقت الإشارة اليها، إذ إنه يبدو من المادة ١٦٥ من قانون التجارة الملغى أنها تجيز تقاضي فوائد في الديون التجارية دون غيرها. وهذه الديون ينبغي النظر إليها من

---

(١) الحكم غير منشور أشار إليه الدكتور أحمد شرف الدين في بحثه «مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية، مجلة الحقوق والشريعة كلية الحقوق - جامعة الكويت السنة الرابعة، العدد الأول صفر ١٤٠٠ هـ الموافق يناير ١٩٨٠م.

(٢) صفحة ٥٨ من المذكرة الإيضاحية للدستور في تفسير المادة الثانية من الدستور.

ناحية المدين لا من ناحية الدائن. وما دام الدين في تلك الدعوى كان مدنياً بالنسبة إلى المدين، فإن مفهوم المخالفة يقضي بعدم جواز تقاضي فوائد تأخيرية. ولكن هذين الحكمين تعرضا إلى نقد شديد لايخلو من الموضوعية من قبل أحد الفقهاء، لاسيما من الجانب الشرعي، إذ يرى الباحث أن تأخر المدين في السداد فيه ضرر للدائن، ولذلك إذا جاز للمحكمة أن ترفض القضاء بفوائد تأخيرية فيجب عليها أن تعوض الدائن عن الضرر الذي لحقه، لاسيما وأن لهذا التعويض سندا شرعيا وهو قاعدة «لاضرر ولاضرار والضرر يزال شرعاً»[1]. وهذا ما أراه أيضاً، بشرط أن يطلب المدعي (الدائن) ذلك صراحة، لأن المحكمة ملزمة بالرد على طلبات الخصوم، ولايجوز لها أن تحكم بشيء لم يطلبه أحد الخصوم، لاسيما وأن طلب فائدة محددة المقدار لايمكن تفسيره أو اعتباره طلبا للتعويض.

ومن أهم الأحكام التي صدرت بعد صدور القانون المدني وأظهرت فيها المحكمة فهما دقيقاً لأحكام القانونين المدني والتجاري وأحسنت تطبيقهما تطبيقا سليما على واقعة النزاع الحكم رقم ١٩٨٦/٨٧٥٧م. وتتلخص واقعة الدعوى في أن المدعي بنك الكويت الوطني رفع دعوى ضد المدعى عليه (ع - ع - ك) ابتغاء الحكم بإلزامه بأن يؤدي له مبلغ ١٩١٨ دينارا، وفوائد بواقع (١٠٪) سنويا اعتبارا من ١٩٨٦/١/١م وحتى تمام السداد، وذلك وفاء لقرض. وقضت المحكمة للبنك المدعي بطلباته فيما عدا الفوائد وفي ذلك قالت بالنص:

«وحيث إنه عن طلب الفوائد فإنه لما كان من المقرر بالمادة ١٠١ من قانون التجارة - أن القرض يكون تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية وجاءت - المادة ١٠٢ من ذات القانون بالنص على حق الدائن على اقتضاء فائدة على القرض التجاري بما مفاده أن القرض إذا لم يكن تجارياً بالمعنى المشار إليه في المادة ١٠١ سالفة البيان - فإنه يكون قرضاً مدنياً وتطبق بشأنه أحكام القانون المدني الموضوعية والذي نص في المادة ٥٤٧ منه على أن يكون القرض بغير فائدة وأن كل شرط يقضي بخلاف ذلك يقع باطلاً، وهذا النص من النظام العام إذ جاء مقنناً لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص. ولما كان ذلك وكان الثابت من عقد القرض أن المدين قد

(١) د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق. وقد كتب البحث عندما كان مدرسا، ورغم ذلك فقد كتب بحثا ممتازاً من جميع النواحي تطرق فيه إلى الجوانب الشرعية والقانونية والدستورية للقانون الكويتي.

اقترض مبلغ الدين المطالب به بغرض شراء أثاث، ولم يثبت أن هذا الأثاث لقرض تجاري، وأن المدين تاجر، ومن ثم يكون القرض مدنيا، ولا يجوز تقاضي فوائد عليه عملًا بالمادة ٥٤٧ من القانون المدني ومفهوم المخالفة لنص المادة ١٠٢ من قانون التجارة، ومن ثم يكون طلب الفوائد على غير أساس تلتفت عنه المحكمة. كما أن ما تضمنه كشف الحساب من فوائد - والتي تضمنها طلب المدعي - فإن المحكمة لاتجيبه إليه، استنادا إلى الأساس السابق. ولايحتج في ذلك بما ورد في المادة الخامسة من أن أعمال البنوك تعد تجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته وبما جاء بالمادة ١٢ من ذات القانون من أنه إذا كان العقد تجارياً بالنسبة لأحد المتعاقدين دون الآخر سرت أحكام قانون التجارة على التزامات المتعاقد الآخر. ذلك أن القانون بعد أن أورد هذين النصين قد جاء مخصصاً القرض بنصوص خاصة في المادتين ١٠١ و١٠٢ من ذات القانون بما مفاده أنه استثنى القرض إذا كان مدنياً من الأحكام المتعلقة بالفائدة فقط، إعمالا لحكم الشريعة وتمشياً مع النص في المادة ٥٤٧ مدني المشار إليه بعدم جواز تقاضي فوائد على القروض وبطلان الاتفاق على غير ذلك. وهذا النص من النظام العام تعمله المحكمة من تلقاء نفسها».

ويلاحظ على هذا الحكم أمر هام آخر، وهو أن المحكمة قد أجازت للبنك الحصول على مصروفات خدمات إذ قالت «وحيث إن البنك المدعي قد أورد في كشف الحساب مبلغ خمسة دنانير على أنه مصروفات خدمات ولم يعترض المدعى عليه على أن البنك قد أدى له خدمات مقابلها، فضلا عن إقرار بقيمة ماورد في الدفاتر والمستندات الخاصة بالبنك بالبند الثامن من العقد... » فإن البنك المدعي يستحق خمسة دنانير مصروفات الخدمات إضافة إلى باقي قيمة القرض.[(١)]

وهذا الحكم يفتح مجالا أمام البنوك للحصول على مصروفات خدمات من عملائها نظير ماتقدمه من قروض وما تقتضيه تلك القروض من مصروفات إدارية، بشرط ألا يبالغ في حساب هذه المصروفات بحيث تكون فوائد مستترة.

وصدر حكم قضائي آخر من المحكمة الكلية انتهى إلى تطبيق ذات المبادىء والأحكام في تحريم تقاضي فوائد ربوية وذلك سنة ١٩٨٨م. وأهم مايلاحظ على هذا الحكم أن المحكمة بحثت عن الغرض من الحصول على القرض، فوجدت أنه بغرض

(١) هذا الحكم ألغته محكمة الاستئناف العليا بالحكم رقم ١٩٨٧/٣٩٠م جلسة ١٩٨٧/٦/٣٠م غير منشور وسنشير إليه فيما بعد.

الزواج وليس لأغراض تجارية[1].

الفرع الثاني
الخطأ في فهم القانون وتطبيقه

كما أسلفنا، لايوجد تداخل أو تعارض في الأحكام بين القانون المدني والتجاري، إذ حدد المشرع نطاق تطبيق كل منهما بنصوص صريحة، وأعطى للمعنيين معايير قانونية يستشهدون بها إذا ما اقتضى الأمر التمييز بين الأعمال التجارية وما عداها من أعمال، لاسيما الأعمال المدنية. وهذا الأمر يسري حتى على مايسمى بالأعمال المختلطة، إذ يطبق عليها القانون التجاري، مالم ينص القانون على غير ذلك. ورغم كل هذا فإن بعض المحاكم (القضاة) وبعض الفقهاء والباحثين يختلط عليه الأمر فيخطىء في تحديد نطاق تطبيق كل من القانون المدني والقانون التجاري، مما يؤدي إلى الخطأ في تطبيق هذين القانونين. ولإيضاح ذلك نكتفي هنا بإيراد حكم أو حكمين قضائيين، فضلاً عن عرض رأي فقهي أو رأيين لبيان مواضع الخطأ التي وقع فيها هذا أو ذلك، ومن ثم تصحيح هذا الخطأ، لكي تستقر أحكام القضاء، وآراء الفقهاء حول المسائل التي لاتحتمل الخلاف،

---

(1) انظر الحكم رقم ١٩٨٨/٤٨٢م جلسة ٦ صفر ١٤٠٩هـ الموافق ١٩٨٨/٩/١٧ وفيه قالت المحكمة «وحيث إن البين من العقد السالف الذكر أن البنك منح المدعي عليه قرضا بمبلغ ١٢٠٠ دينار قد وضعه بحسابه لديه. لدى فرع الرقة مقابل التزام الأخير أن يؤدي المبلغ خلال الفترتين ١٩٨٦/٧/٢٩ وحتى ١٩٨٨/١/٢٣م مع فوائد مستحقة بواقع ٧,٥٪ سنويا - ولما كانت المدة قد انتهت ولم يدفع المدعى عليه المبلغ حسبما هو ثابت من الكشوف المشار إليها ولم يمثل لإبداء دفاعه فيكون العقد المذكور حجة عليه عملا بالمادة ١٣ من قانون الإثبات ويتعين القضاء بإلزامه أن يدفع للبنك المدعي مبلغ ١٢٠٠ دينار قيمة القرض المذكور. وحيث إنه بالنسبة لطلب الفائدة فإن المادة ١٠١ من قانون التجارة تنص على أن يكون القرض تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية. كما نص في المادة ١٠٢ منه على أن للدائن الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري ومعنى ذلك أنه إذا كان القرض غير تجاري والمبالغ المقترضة لاتصرف في أعمال تجارية فإن الفائدة سواء أكانت قانونية أم اتفاقية - تكون غير جائزة وتعتبر باطلة - وهذا ماقضت به فعلا المادة ٣٠٥ من القانون المدني والتي نصت على أنه يقع باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به - وما قضت به المادة ١/٥٤٧ من القانون المذكور بأن يكون الاقتراض بغير فائدة. ويقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته. ولما كان ذلك ما تقدم وقد ثبت من العقد السالف الذكر أن الغرض من القرض الذي قدمه البنك المدعي إلى المدعى عليه كان بغرض الزواج وهو ولاشك عن الأغراض المدنية التي حرم المشرع الكويتي تقاضي فائدة عنها - وعليه فإن الفائدة الواردة في عقد القرض المذكور تكون باطلة وتقضي المحكمة.

لوضوحها ولوجود سندها التشريعي الخالي من النقص أو العيوب، سواء في القانون المدني أو القانون التجاري. فقد سبق لنا الإشارة إلى الحكم رقم ٨٧/٨٧٥٧ والذي قضت فيه محكمة أول درجة بعدم جواز تقاضي فوائد تأخيرية استنادا للمادة ٥٤٧ من القانون المدني ومفهوم المخالفة لنص المادة ١٠٢ من القانون التجاري. وهذا الحكم تم استئنافه وقضت محكمة الاستئناف بتعديل الحكم وإلزام المستأنف عليه (ضده) بأن يؤدي للمستأنف فوائد بسعر أي (٧,٥ ٪)سنويا، وذلك للأسباب الآتية:

أن البنك منح المستأنف عليه تسهيلات مصرفية بموجبها حصل على قرض أدرج في حسابه الذي يتوافر فيه حقائق الحساب الجاري، ومن ثم فإن المعاملة بين الطرفين تكون معاملة تجارية ولذلك يجوز للبنك المستأنف أن يحصل على فائدة وفقا لأحكام المادة ١٠٢ من قانون التجارة وبالسعر المبين في العقد.

كما يجوز للبنك الحصول على فائدة على المدفوعات (الأرصدة) المدينة في الحساب الجاري. وهذا الحكم قد أخطأ فيما قضى به وذلك للأسباب الآتية:

١ - أن عقد القرض المبرم بين الطرفين في تلك الدعوى يعد من قبيل الأعمال المختلطة وليس من الأعمال التجارية، إذ لم يثبت أن القرض كان تجارياً بإثبات أن المبلغ المقترض قد صرف أو أنه كان يقصد صرفه في أعمال تجارية، وهذه مسألة كان ينبغي على محكمة الاستئناف أن تتأكد منها، لاسيما وأنها قد قضت بتعديل حكم قائم ينبغي احترام حجيته، ما لم تتثبت محكمة الاستئناف من خطأ ذلك الحكم بدليل كاف، فضلا عن كون هذه المحكمة قضت بفائدة وهي تعلم أنها محرمة شرعا.

٢ - إذا كانت المادة الخامسة من قانون التجارة قد تضمنت مجموعة من الأعمال التجارية بحكم القانون، وهي التي لايشترط توافر قصد المضاربة لدى القائم بها، ودون اعتبار لصفته (أي سواء كان تاجراً أو غير تاجر)، فإن هذه الأعمال تكتسب الصفة التجارية بالنسبة للقائم بها، لاسيما بالنسبة لمعاملات البنوك والأعمال المتعلقة بالحساب الجاري، إذ إنها تعد أعمالاً تجارية بالنسبة للبنوك. أما بالنسبة للطرف الآخر المتعامل مع تلك البنوك فإن الأمر يختلف، إذ قد تكون تلك الأعمال تجارية أو غير تجارية بحسب تعلقها بمعاملات تجارية أو تعلقها بأعمال تاجر لحاجات تجارته أو أنها لا تتعلق بتلك المعاملات والأعمال، ومن ثم فلا تعد أعمالا تجارية. وبمعنى آخر فإن معاملات البنوك والحساب الجاري تكون أعمالا تجارية أصلية بالنسبة للبنك ولكنها بالنسبة للطرف الآخر لايمكن أن تكون أعمالاً تجارية

أصلية، ولكنها من الممكن أن تكون أعمالاً تجارية بالتبعية الموضوعية أو الشخصية، وفقاً لأحكام المادة الثامنة من قانون التجارة. (الأعمال المرتبطة أو المسهلة لمعاملات تجارية أو الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته). ومحكمة الاستئناف لم تتأكد من تبعية القرض لعمل تجاري أصلي أو أن القائم به تاجر لحاجات تجارته، ومن ثم فإن عقد القرض يعد عملاً مدنياً بالنسبة للمقترض، ويعد عملاً مختلطاً لطرفي العقد يخضع لأحكام المادة ١٢ من قانون التجارة، والتي باعتبارها قاعدة إسناد وتحيل على الأحكام الموضوعية لقانون التجارة، لاسيما المواد ١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١١٠ - ١١٥ من قانون التجارة، والتي لاتجيز تقاضي فوائد على مثل هذا القرض، وبهذا تكون محكمة الاستئناف قد أخطأت في فهم القانون وتطبيقه.

وقد علق بعض الزملاء على هذا الحكم وأظهر جوانب الخطأ التي وقع فيها الحكم، لاسيما اعتبار الحكم أعمال البنوك أعمالاً تجارية للبنوك وعملائها. ولكن لانتفق مع هذا الزميل في النتيجة التي خلص إليها، إذ ذهب إلى أن عقد القرض يعد عملا مختلطا ولكنه يعتقد أن مفهوم المخالفة لنص المادة ١٠٢ من قانون التجارة غير واجب التطبيق على هذا النزاع، وإنما يجب إرجاع كل عمل من العملين (التجاري والمدني) إلى أصله، أي يجب تطبيق القانون المدني على العمل في شقه المدني وتطبيق القانون التجاري في شقه التجاري، وبشرط عدم حصول مغايرة غير مقبولة بين طرفي العمل الواحد، أو أن يؤدي ذلك إلى نتيجة غير ملائمة من الناحية العملية، فإن حصل ذلك فيجب حينئذ توحيد القاعدة الواجبة التطبيق، أي تطبيق القانون التجاري.

وفي تقديرنا، فإن هذا الرأي مخالف لنصوص تشريعية صريحة وواضحة وحاسمة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهي أحكام المواد ١٢، ١٠١ - ١٠٣، ١١٠ -١١٥ من قانون التجارة، التي تقضي بضرورة تطبيق القانون التجاري. وأحكام هذا القانون هي التي تنص على عدم جواز تقاضي فوائد في واقعة النزاع التي نحن بصددها، للأسباب التي أشرنا إليها آنفاً. ولكن الزميل الفاضل قد تأثر برأي زميل آخر سبقه في بحث نفس الموضوع وبحكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٦٣/٦/٢٧، التي قضت بحق البنوك في الحصول على فوائد مقابل القروض التي تبرمها في نشاطها المصرفي وذلك باعتبار أن هذه الأعمال في حكم الأعمال التجارية، حتى لو كان الغرض من القرض ليس

تجارياً، توحيداً للقاعدة[1]، ولكن هذا استشهاد أو قياس مع الفارق، إذ تختلف أحكام قانون التجارة الكويتي عن قانون التجارة المصري، ولذلك كان أمام محكمة النقض المصرية مجال للاجتهاد. وهو ما لم يكن متاحا أمام القضاء الكويتي لوجود نصوص تشريعية تحكم الموضوع.

وهناك مثال فقهي آخر يعد في تقديرنا - خطأ في فهم القانون وتطبيقه ارتكبه زميل فاضل آخر[2] إذ كتب تعليقاً على حكم خطأ فيه محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف العليا فيما قضى فيه من عدم جواز تقاضي فوائد، لأن القرض محل النزاع كان مدنيا ولم يكن تجاريا وفقاً لأحكام القانون التجاري والقانون المدني، فضلا عن كونه يعد عملاً مختلطا بالنظر الى طرفي العقد.

وتتلخص وقائع النزاع في الحكم الذي علق عليه هذا الزميل في الآتي:

سبق للبنك المستأنف أن أعطى للمستأنف ضده قرضا قيمته نحو ١٣٤٤ ديناراً وبفائدة مقدارها (٧,٥٪) سنويا. وقد تأخر المستأنف ضده في سداد الأقساط المستحقة في مواعيدها، مما أدى إلى استحقاق الدين كله وفقا لأحكام عقد القرض المبرم بين الطرفين. ولذلك قام البنك برفع دعوى ضد المستأنف ضده يطالبه فيه بدفع المبلغ المذكور وفوائده اعتباراً من ١/ ٧/ ١٩٨٧م وحتى تمام السداد. قضت محكمة أول درجة بإلزام المستأنف ضده بدفع المبلغ المذكور، ورفضت القضاء بالفوائد، بدعوى أن البنك استلم الفوائد مقدما وفقا للبند الأول من عقد القرض. فاستأنف البنك الحكم طالبا إلزام المستأنف ضده بدفع فوائد تأخيرية بنسبة (٧,٥٪)، اعتبارا من قفل الحساب وحتى تمام الوفاء. وأيدت محكمة الاستئناف الحكم المستأنف، وذلك لأنه «من المقرر قانوناً أن القانون المدني حرّم تقاضي الفائدة على القرض المدني، وجعل باطلا كل شرط يقضي بخلافه على ماقررته المادتان (٣٠٥/ ١ و٥٤٧/ ١مدني) وأوجب على المقترض رد المثل عند حلول الأجل (المادة ٥٤٨/ ١ مدني). وكان الظاهر من أوراق الدعوى أن المدين

---

(١) د. محمد زهرة، تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا في شأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الفوائد في القروض التجارية وغير التجارية، مجلة الحقوق، لكلية الحقوق جامعة الكويت س ١٢ ع٢ شوال ١٤٠٨هـ الموافق يونيو ١٩٨٨م وقد سبقه الزميل الدكتور فريد العريني إلى بحث نفس الموضوع في تعليق له على حكم آخر لمحكمة الاستئناف، واستشهد أيضاً بحكم محكمة النقض المصرية المنشور في مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٩٣٦. والبحث منشور في مجلة المحامي الكويتية السنة ١١ أعداد يوليو أغسطس وسبتمبر ١٩٨٨م.

(٢) د. فريد العريني المرجع السابق.

موظف في وزارة الكهرباء، وأن الدفعات التي كان يوردها للبنك من رواتبه، كما أن ضآلة المبلغ المتفق على اقتراضه وقبضه على دفعات أغلبها بسيطة وبتواريخ مختلفة. وكان من المقرر قانوناً أن يكون القرض تجارياً إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية (المادة ١٠١ تجاري) أي أنه يجب أن يظهر القصد التجاري في الأوراق. وكانت المحكمة حسب صلاحيتها تستشف من أوراق الدعوى والأدلة الواردة، والتي لايوجد في الأوراق ما يناهضها، وبما يكفي بتكوين عقديتها في مدنية القرض محل النزاع، مما تكون معه المطالبة بالفائدة التأخيرية مخالفة للقانون وتستوجب الرفض، ولامراء في أن حكم المادتين ٣٠٥، ٥٤٧ من القانون المدني هو مما يتعلق بالنظام العام، وبما يتعين معه على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وبما مؤداه بطلان الاتفاق على فوائد التأخير المطالب بها. وإن كان للدائن الحق بالمطالبة بالتعويض وفق أحكام المادة ٣٠٦ مدني، «إن كان قد لحقه ضرر غير مألوف»[١].

هذا الحكم لم يلق قبولا من زميلنا سالف الذكر، ولذلك تصدى له بنقد فيه تجن على الحقيقة وبقراءة القانون التجاري بطريقة «لاتقربوا الصلاة....»؟[٢] فهو بعد أن انتهى إلى أن المادة (١٢) من قانون التجارة هي قاعدة إسناد تحيل على الأحكام الموضوعية في قانون التجارة، وأن هذه الأحكام تتمثل بأحكام الالتزامات والعقود التجارية المشار إليها في الكتاب الثاني من قانون التجارة، وأضاف قائلا إن ذلك مشروط بعدم «وجود نص يقضي بغير ذلك» في قانون التجارة ذاته وليس في قانون آخر. ثم تساءل بعد ذلك عن المقصود بعبارة «مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك» الذي ذيل بها المشرع نص المادة الثانية عشر. وأجاب على ذلك بضرورة اشتمال قانون التجارة على قاعدة أخرى من قواعد الإسناد «تشير إلى قاعدة موضوعية بخلاف القانون التجاري تحكم ذات الفرض الذي تواجهه المادة المذكورة»، كوجود نص يقرر سريان القانون المدني على الجانب المدني من العمل المختلط مع بقاء الجانب التجاري منه محكوماً بقواعد القانون التجاري. أي خضوع العمل المختلط لنظام مزدوج أو موزع. وأجاب بنفي وجود قاعدة إسناد أخرى غير المادة (١٢) من قانون التجارة.

ونحن لانتفق مع زميلنا الفاضل فيما ذهب اليه، إذ إن قاعدة الإسناد الأخرى

(١) أشار الى هذا الحكم الدكتور فريد العريني في بحثه المشار إليه آنفا.

(٢) د. فريد العريني، المرجع السابق، صفحة ١٢ وما بعدها.

موجودة وأبرز مثال عليها المادة ٩٦ من قانون التجارة، التي تحيل على أحكام القانون المدني في شأن الالتزامات والعقود التجارية عند عدم وجود نص في هذا الشأن في قانون التجارة، أي أنها تجعل النص التشريعي المدني سابقا على العرف التجاري في ترتيب مصادر قانون التجارة.

ويستمر زميلنا في نقد الحكم وانتقاد باحث آخر ذهب إلى القول بعدم سريان أحكام قانون التجارة في بعض الأحيان على الأعمال المختلطة، بدلالة المادة ١٠١ من قانون التجارة، التي تنص على أن «يكون القرض تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية»، إذ مفهوم المخالفة لذلك يجعل القرض مدنياً، ويخضع من ثم لأحكام القانون المدني دون سواه[1]. ويتهم زميلنا المحكمة بالانحياز إلى هذا الرأي، مضيفاً «أن هذا التخريج صحيح عندما يكون القرض من طبيعة مدنية» للمقرض والمقترض. ولكن هذا التخريج لا يقوى على النقد إذا كان القرض من طبيعة مختلطة، وذلك لأن المادة ١٠١ ليست قاعدة إسناد بل قاعدة تكييف فدورها مقصور فقط على بيان متى يكون القرض تجارياً. أما قاعدة الإسناد فهي المادة ١٢ من قانون التجارة. والزميل في هذا النقد يقرأ القانون التجاري، كما أسلفنا بأسلوب «لاتقربوا الصلاة....». فإذا كان صحيحاً أن المادة ١٢ هي قاعدة الإسناد، فإن القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق في قانون التجارة بدلالة المادة (١٢) هي أحكام المواد ١٠٢، ١٠٣، ١١٠ - ١١٥. وهي المواد التي تعمد الزميل إغفالها وهو يعلم أنها هي الواجبة التطبيق وأن حكم المادتين ٣٠٥، ٥٤٧ من القانون المدني ما هو إلا تدعيم وتأكيد لما تضمنه القانون التجاري من أحكام، بدلالة المادة ٩٦ من قانون التجارة، وباعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة التي يرجع لها عند عدم وجود نص تشريعي تجاري، لاسيما في مجال العقود والالتزامات. والنص المدني هنا يسبق العرف التجاري وفقا للمادة ٩٦ من قانون التجارة كما أسلفنا. ولذلك إذا كان لا يجوز للدائن بدين تجاري أن يتقاضى فوائد ربوية من مدينه إذا كان الدين من طبيعة مدنية بالنسبة لهذا المدين، فإن مصدر ذلك المنع هو أحكام القانون التجاري نفسه، ممثلة في أحكام المواد ١٠١ و ١٠٢ و١٠٣ و ١١٠ - ١١٥ لاسيما أحكام المادتين ١٠٢ و١١٣. فالمادة ١٠٢ بمفهوم المخالفة الصريح الواضح

---

(١) من هذا الرأي كاظم بو عباس، من إدارة الفتوى والتشريع في مقاله «مدى جواز تطبيق الفوائد البنكية على القروض غير التجارية» منشور بجريدة الوطن، العدد رقم ٤٦٨٠ بتاريخ ١٩٨٨/٣/٢م.

منعت الدائن من تقاضي فوائد في حال كون القرض مدنيا بالنسبة للمدين، وفي الوقت ذاته أجازت له تقاضي فوائد إذا كان القرض تجاريا بالنسبة للمدين، وذلك بقراءة هذه المادة مع المادة ١٠١ التي وضعت تعريفا للقرض التجاري على نحو ما أسلفنا.

معاملات البنوك ومدى اعتبارها في حكم الضرورة الملجئة؟!

ويلاحظ على الحكمين المشار اليهما أعلاه أن الدائن (المقرض) فيهما كان مصرفاً (بنكا). وقد أثارت معاملات المصارف خلافا فقهياً واسعاً حول مدى جواز معاملاتها، ولكن الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين يرون أن معاملات المصارف قائمة على الربا أو مشوبة به. وبما أنني لست من أهل الذكر في المسائل والأحكام الشرعية، ومن ثم فإن دوري في هذا البحث يقتصر على مجرد عرض وضع الفوائد الربوية دون مناقشة حكمها، ولذلك فأنا أنقل ما قالته بعض المحاكم وبعض الفقهاء حول مدى شرعية معاملات البنوك وخلوها من الربا أو شبهة الربا. فعلى مستوى الفقه ثار نقاش فقهي على صفحات الجرائد والصحف العربية ذهب فيه أغلب الفقه العربي إلى تحريم معاملات المصارف ذات الصلة بالإقراض والفوائد لكون هذه الفوائد ربا محرما في حقيقتها. وذهب أقلية من الفقهاء إلى خلو معاملات البنوك من الربا. والمقام هنا لايتسع لعرض وجهات نظر المحرمين والمحللين لتلك المعاملات، فالمحرمون وجهة نظرهم معروفة، لأن البنوك التجارية تقوم أساسا على التعامل الربوي. وهي مؤسسات حديثة نسبياً أوجدها الغربيون، بعد تراجع دور الكنيسة المسيحية في الحياة الاقتصادية والسياسية، أما المحللون لفوائد البنوك لاسيما من جانب المحاكم فلهم آراء فيها شيء من المنطق المالي أو الاقتصادي، ولكنها قد تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، والأخذ بها قد يؤدي الى تفريغ الشريعة الإسلامية والنظام الاقتصادي الإسلامي من مضمونهما، الذي سبق وأن أشار إليه المرحوم سيد قطب فيما تقدم. وفي بيان وجهة نظر المحللين والمبررين لفوائد البنوك سأكتفي بعرض وجهة نظر المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية في الطعن رقم ١٧ والصادر بتاريخ ٢٩/ ذو القعدة ١٤٠٣ هـ الموافق ١٩٨٢/٩/٦م بمقر المحكمة في مدينة أبوظبي:[١]

ملخص الوقائع:

تتلخص وقائع الدعوى في أن المطعون ضدها (شركة أبوظبي) أقامت الدعوى رقم

---

(١) الحكم غير منشور وحصلت على نسخة منه من زميل فاضل.

١٨٣١/١٩٨١م مدني أبوظبي ضد البنك الطاعن (بنك أجنبي)، طلبت فيها الحكم ببراءة ذمتها من مبلغ ٢٣٠٧٠٩٦ درهما لأنها قد سددت هذا المبلغ والذي نشأ عن تسهيلات حصلت عليها من البنك. كما طلبت رفض ماعدا ذلك، باعتباره فوائد ربوية مركبة تجمعت حتى ١٥/١٢/١٩٨١م، وهي محرمة شرعاً وقانوناً. وقضت محكمة أول درجة بإلزام المطعون ضدها بأصل الدين ولم تحكم للطاعن بالفوائد، فقام الطاعن على أثر ذلك باستئناف الحكم طالباً الحكم له بباقي المبلغ المطالب به والفوائد بواقع (١٢٪) من أول يوليو ١٩٨٢م حتى تاريخ السداد، ولكن المحكمة قضت بتأييد الحكم المستأنف ورفضت طلب المستأنف تقاضي فوائد. وذلك باعتبار الحكم بالفوائد أمرا جوازيا للمحكمة أن تحكم بها أو لاتحكم، كما أن الفوائد ربا محرم شرعاً لايجوز الحكم بها استناداً للدستور والقانون. وطعن البنك على الحكم أمام المحكمة الاتحادية العليا، ناعياً على الحكم الخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله وتفسيره ومخالفة ما استقرت عليه المحكمة الاتحادية العليا. وقضت المحكمة الاتحادية العليا بنقض الحكم المطعون فيه وذلك للأسباب الآتية:

«وحيث إنه عن الموضوع حيث يتبين أن المحكمة الابتدائية في اطراحها الفوائد الربوية قد استندت إلى الرخصة المخولة لها قانوناً بالمادة ٦١ من قانون الإجراءات المدنية التي تجيز لها ذلك، وكان مذهبها هذا والذي يتفق وعقيدتها القائمة على أحكام الشريعة الإسلامية التي تحرم التعامل بالربا، لايتنافى معه حكم المحكمة الدستورية بخصوص دستورية هذه المادة فيما قضته بشأن رخصة جواز عدم الحكم بالفوائد. لما كان ما تقدم فإن الاستئناف يكون على غير أساس متعيناً رفضه ويكون الحكم المستأنف لأسبابه التي يبني عليها وتعتمدها هذه المحكمة جديراً بالتأييد. واستطردت المحكمة - في تأصيل ما انتهت إليه - إلى أن الأمر الذي لامرية فيه أيضا أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون بل فوق كل قانون قانوناً أعلى يقوم على الضرورة التي تبيح كل محظور، فقال تعالى ﴿**وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه**﴾. وقد رأى بعض أعلام المفسرين أن الشرائع مبناها مصالح العباد وعدم الحجر عليهم فيما لابد لهم منه ولا تتم مصالحهم في معاشهم إلا به، فكل مالايتم المعاش إلا به فتحريمه حرج وهو منتف شرعاً، إذ إن المفسدة إذا عارضتها مصلحة أو حاجة راجحة قدمت المصلحة وألغي اعتبار المفسدة فأبيح المحرم فلم يكن بدعاً إذن ولضرورات التعامل إن أجاز العلماء واستناداً إلى الأثر بيع السَلَم وهو بيع المعدوم فرخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة

إليه وجرياً في التعامل به. وكذلك الاستصناع وهو ضرب من ضروب بيع المعدوم وأجيز استحساناً للحاجة ولتعامل الناس. ولم يكن بدعاً أيضاً حين أوقف أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه تطبيق حد السرقة عام المجاعة ولا يعتبر ذلك ردة عن دين الله.

لما كان ماتقدم **وكانت المصارف مؤسسات تجارية حديثة** لم تكن معروفة في عهد نزول أحكام الربا في الشريعة، وهي تخضع في معاملاتها للأحكام الشرعية عن طريق القياس، فإنه يجب النظر فيها على أساس مصالح الناس في معاشهم، **فهي في** حالتها الحاضرة ووفقا لقوانينها العالمية إنما هي **حاجة من حاجات العباد ولايتم مصالح معاشهم إلا بها.** بل إنه يمكن القول في **طمأنينة كاملة إن خطرها في ظل** النظام الرأسمالي القائم لايقل خطراً عن حالة **قيام الضرورة الملجئة لأكل الميتة والدم،** والتسرع في الحكم عليها بأنها من الربا المقطوع لايقتصر خطره فقط على وقوع العباد في حرج معاشهم لامثيل له بل يتعداه **إلى تهديد كيان الدولة والأمة** ويقضي نهائيا على مصالحهم الاقتصادية المشروعة ومؤسساتهم التجارية والصناعية. ومن حيث إن **الفائدة البسيطة** للقرض إذا كان الأصل فيها على ما استقر عليه الفقهاء أنها محرمة تحريم وسائل لاتحريم مقاصد وذلك سدا للذرائع إلا أنها تجوز استثناء من أصل التحريم إذا قامت الحاجة إليها واقتضتها مصلحة راجحة تفوت إذا بقي التحريم على أصله. وتجوز بقدر قيام الحاجة، فإذا ارتفعت تلك الحاجة عدنا إلى الأصل وهو التحريم. ومن ثم فإذا تغير النظام الاقتصادي القائم وانتقلت الحاجة في النظام الذي يستجد فلا شك في أن تعود الفوائد إلى أصلها من التحريم. وعلى هدي ما تقدم من ظروف صدر التفسير التشريعي من الدائرة الدستورية بالمحكمة الاتحادية العليا رقم ١٤ لسنة ٩ ق بدستورية نص المادتين ٦١، ٦٢ من قانون الإجراءات المدنية. وهذا القرار ذو حجية مطلقة ملزمة للكافة طبقا لنص المادة ١٠١ من الدستور، وأول من يلتزم به هو القضاء ذاته ومن ثم فلا تملك المحاكم مخالفته والامتناع عن القضاء بالفوائد البسيطة دون المركبة بمقولة: إن الشريعة تحرم الفوائد. ذلك أنه على ما تقدم بيانه اقتضت **الضرورة والحاجة** إليها والقاعدة: إن **الضرورات تبيح المحظورات** كما أن كل ما لايتم المعاش إلا به **فتحريمه حرج منتف شرعا والمفسدة** إذا عارضتها مصلحة أو حاجة راجحة قدمت المصلحة وألغي اعتبار المفسدة فأبيح المحرم. وليس في ذلك أدنى تعارض مع أحكام الشريعة الغراء. وإلا فإننا إذا طبقنا أحكام التحريم وأغفلنا الضرورة والحاجة وهي مستمدة أيضاً من كتاب الله وأحاديث رسوله الكريم نكون كمن آمن ببعض آيات الكتاب وأعرض عن بعض.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه من باب التعارض في التسبيب الجمع بين المحرم وإعمال الجواز به في آن واحد. وفوق هذا كله فإنه يتعين فهم معنى سلطة القاضي الجوازية في القضاء بالفائدة في حكم المادة ٦١ من قانون الإجراءات المدنية على أساسين مجتمعين: **أولهما** أن الأصل في الفقه الإسلامي أن التصرفات تتم بالتراضي أي بإيجاب وقبول تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة التي كانت الشريعة الإسلامية أسبق الشرائع قاطبة في تقريره، وفي هذا المجال لايملك القاضي أن يحل محل إرادة الطرفين في إنشاء العقد وشروطه إلا في حالات استثنائية معدودة، وإذن فإذا أناط المشرع بالقاضي أن يحكم بتحديد فائدة ما، فإن هذه الإناطة لاتكون إلا في مجالات أخرى غير مجال إرادة المتعاقدين صاحبة الرأي الأول في إبرام العقد وتحديد الشروط. **وثاني الأساسين** أنه يتعين تفسير المادة ٦١ من القانون على ضوء ماسبقها من المواد ابتداء من المادة ١٥٨. ومن مجموع هذه المواد يتبين أن المشرع قد أجاز للقاضي فيها بإرادته وبعيداً عن دائرة العقود بأن يحدد في قضائه وليس إعمالاً للعقد فائدة على ماهو محكوم، ويعد ذلك في حالات حددها له يتضح من استقرائها أنه يجوز له هذا التحديد إذا ما أراد التيسير على المدين في وفائه بالمبلغ المحكوم به، فله أن يمنحه أجلا ويقسط المبلغ المحكوم به وليس ذلك إلا تطبيقاً لقاعدة: نظرة إلى ميسرة. كما أنه يجوز للمحكمة بسلطتها وهي، أي في غير نطاق العقد، أن تحدد فائدة على مبلغ محكوم به وفق نصوص القانون أن تأمر باحتساب الفائدة من تاريخ استحقاق المبلغ أو من أي تاريخ لا حق له إلى تاريخ السداد أو أي تاريخ سابق له. وواضح من ذلك أن هذه الحالات هي الحالات التي قد تستبين منها المحكمة **مطل المدين**، فحق لها إن ظهر لها ذلك أن تحدد فائدة في تلك الحالات. والمفهوم من ذلك أن تحديد تلك الفائدة **من جانب القاضي بمثابة تعويض عن مطل المدين في السداد**، وإذن فخيار الجواز الممنوح للقاضي محدود في هذا الإطار، ولايجوز أن يتعداه إلى حدود التعاقد، إذ ليس للقاضي في حالة الفائدة الاتفاقية إلا أن يحكم بها بلا رقابة منه، **اللهم إلا أن تكون فائدة مركبة أو متجاوزة سعرها المحدد قانوناً**، ففي هذا المجال فقط يجوز له التدخل والرقابة فيمتنع عن القضاء بالفوائد المركبة، لانعدام الضرورة أو الحاجة إليها، أو ينزل بالفائدة البسيطة إلى سعرها المحدد قانوناً، والذي لايجوز تجاوزه، وإذا كان ذلك كله وقد خالف الحكم المطعون فيه ما تقدم جميعه، فإنه يكون قد شابه الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره، فضلا عن تناقض التسبيب، مما يتعين معه نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة بغير حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

هذا ماقضت به المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية وهي بهذا الحكم قد فتحت الباب مشرعاً للنقاش الشرعي والدستوري والقانوني. وأنا هنا لن أناقش هذا الحكم ولكنني أكتفي بطرح بعض التساؤلات حول هذا الحكم تاركاً لأهل الذكر والفقهاء والباحثين أمر بحث الموضوعات التي أثارها هذا الحكم أما تساؤلاتي فهي كما يلي:

١ - هل توجد فعلا ضرورة ملجئة للأخذ بالفوائد الربوية؟

٢ - هل نسبة (١٢٪) هي فوائد بسيطة يجوز التسامح بها إن صح الرأي الفقهي الذي أسند إليه الحكم؟ أم أنها مركبة ومبالغ في تقديرها؟!

٣ - إذا أعطى المشرع للقاضي أو المحكمة سلطة تقديرية أو حق الخيار في أن تحكم بالفوائد أو لاتحكم بها فهل يجوز والحال هذه أن تخطأ المحكمة إن هي استعملت سلطاتها تلك استعمالا سليماً، لاسيما وأن الفوائد المطالب بها(١٢٪)؟

٤ - كيف يكون للمحكمة سلطة تقديرية ولايجوز لها في الوقت نفسه إلا أن تحترم إرادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه من فوائد، رغم أن الشريعة الإسلامية والدستور والقانون الإماراتي يحرم تقاضي فوائد ربوية؟

٥ - إذا كان هناك من تخريج فقهي لأحكام الشريعة الإسلامية في إجازة الفائدة في حالات الضرورة الملجئة، فإن هذا الأمر متروك للسلطة التشريعية لا للسلطة القضائية، تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات العامة الثلاث؟

٦ - هل يجوز احترام مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين فيما قضى المشرع الإلهي بتحريمه بنص قطعي الدلالة؟

خاتمة

في هذا البحث عرضنا تعريف الربا، وحددنا صوره، وبينا الأساس الشرعي لتحريمه، وحكمة تحريمه، وإذ نبين أن الربا محرم بنصوص قرآنية قطعية في دلالتها، لأنه يتعارض مع قيم الإسلام ونظمه التي تدعو إلى التكافل والعدل والإخاء بين المسلمين. كما أشرنا إلى وجود خلاف بين الفقه الإسلامي حول نطاق الربا المحرم شرعاً، حيث ذهب البعض إلى ضرورة التوسع في تحريم الربا في المعاملات عند وجود دليل قطعي على وجود الربا في مثل هذه المعاملات، وفي كل حالة يخشى اتخاذها ذريعة إلى إجازة

الربا. وعلى خلاف «نظرية التوسع» هذه دعا بعض الدعاة إلى تضييق مجال الربا وتحديد نطاقه في المعاملات الربوية القطعية، والتي تلحقها شبهة الربا. وهؤلاء هم أصحاب (نظرية تحديد الربا). ولعلهم في ذلك قد تأثروا بالرأي الذي أسند إلى عبدالله بن عباس رضي الله عنهما، من أنه يرى أنه لاربا إلا في ربا النسيئة، وهو الربا الذي كان معروفاً في الجاهلية وهو الذي نص القرآن الكريم على تحريمه، وذلك فضلا عن تأثر هؤلاء الفقهاء بالمعاملات التي استجدت على الساحة التجارية والمالية كمعاملات البنوك وصناديق الاستثمار، ووجدت إلى جانب هاتين النظريتين نظرية ثالثة تسمى «نظرية الاعتدال»، وهي تدعو إلى الاعتدال في تحديد مفهوم ونطاق الربا، إذ يرى أصحاب هذه النظرية أن الأصل في ربا الفضل هو التحريم وأن الإباحة ترد استثناء للحاجة.

ومازال النقاش حول الربا ومفهومه ونطاقه محتدماً بين رجال الفقه الإسلامي، دون الوصول إلى رأي موحد وإجماع حول هذا الموضوع الشائك والمهم. ولكن يبدو أن الأمر يحتاج إلى قرار سياسي من القادة السياسيين في العالم الإسلامي لدعم وتشجيع رجال الفقه لإعادة دراسة أحكام الربا في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

وللاعتبارات والأسباب التي سبقت الإشارة إليها فقد اتجهت الكويت نحو تطبيق الشريعة الإسلامية بخوف وتردد، ولذلك فقد منع القانون المدني الكويتي رقم ٦٧/ ١٩٨٠م تقاضي فوائد ربوية بكافة أشكالها وأنواعها، لاسيما إذا كان الدين مبلغا معينا من النقود. ولكن القانون أجاز في الوقت نفسه للدائن أن يحصل على تعويض عادل ضمن بعض القيود والشروط، باعتبار أن التعويض هو البديل الإسلامي للفوائد، تحقيقاً لقاعدة «لاضرر ولا ضرار، والضرر يزال شرعا»، وقد انتقدنا مسلك المشرع في هذا الاتجاه، لأنه لم يأخذ بهذه القاعدة الشرعية على إطلاقها، إذ قيد الحصول على تعويض بقيود وشروط مرهقة للدائن. وكان الأحرى بالمشرع أن يترك الأمر لتقدير محكمة الموضوع في تقريرها للتعويض ومقداره أو في الامتناع عن تقديره، وفقا لأحكام تلك القواعد الشرعية، منعا للتضييق على الناس لكي لاينفروا من سوء تطبيق أحكام الشريعة ويتجهوا نحو أحكام القوانين الوضعية لمرونتها في هذا الخصوص.

وعلى نقيض القانون المدني، فقد أجاز قانون التجارة رقم ٦٨/ ١٩٨٠ للدائن أن يحصل على فوائد ربوية بكافة صورها وأشكالها، إذ يجوز له أن يحصل على فوائد اتفاقية وقانونية وتأخيرية، فضلا عن تعويض تكميلي، دون ربط هذا التعويض بحدوث ضرر له.

ولكن لايجوز للدائن أن يحصل على فوائد، على متجمد الفوائد، وهو ما يقابل ربا الجاهلية المحرم شرعا. ولكن إجازة الحصول على فوائد هنا ليست مطلقة من كل قيد أو شرط، إذ قيد المشرع حق الدائن في الحصول على فوائد بأن يكون الدين تجارياً له وللمدين أيضاً، وهو ما يستفاد من نص المادتين ١٠٢ و١١٣ من قانون التجارة. وبذلك لايجوز للدائن بدين تجاري أن يحصل على فوائد من المدين بدين مدني وفقاً لأحكام المواد ١٠١ و١٠٢ و١١٣ من قانون التجارة. ومن باب أولى ألا يجوز للدائن بدين مدني أن يحصل على فوائد من مدينه سواء كان مدينا بدين مدني أو تجاري، وذلك وفقا لأحكام القانون التجاري وأحكام القانون المدني، لاسيما أحكام المادتين ٣٠٥ و٥٤٧. ولكن قد يثير نص المادة ١٠٢ بعض الخلاف حول حق الدائن بدين مدني في اقتضاء فوائد من مدينه المدين بدين تجاري، وذلك باعتبار أن العمل هنا يعتبر عملا مختلطا وفقاً لأحكام المادة (١٢) من قانون التجارة. ولكن باعتبار أن حكم هذه المادة حكم إسناد - كما أسلفنا - فإن الأحكام الموضوعية لقانون التجارة وأحكام القانون المدني، فضلا عن المقاصد الشرعية والتشريعية تمنع هذا الدائن من الحصول على فوائد من مدينه. كما لايجب أن يكون الدائن بدين مدني في مركز أفضل من الدائن بدين تجاري في علاقته بمدينه المدين بدين مدني. على نحو ما تقدم بيانه.

وإذا كان القانون التجاري قد أجاز للدائن بدين تجاري أن يحصل على فوائد من مدينه المدين بدين تجاري، فهذا لايعني إجازة تقاضي فوائد ربوية من الناحية الشرعية، إذ يبقى الحكم الشرعي قائما، ومن ثم يحرم على الدائن تقاضي فوائد ربوية، حتى وإن جاز له قانونا وقضاء تقاضي مثل هذه الفوائد. بل إن القانون التجاري نفسه قد أجاز للدائن والمدين الاتفاق على عدم تقاضي فوائد بصريح نص المادة ١٠٢ من قانون التجارة، كما أسلفنا.

هذا وقد أشرنا إلى أن القوانين الغربية، لاسيما قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، تمنع تقاضي فوائد ربوية. ولكن مفهوم الربا ونطاقه في تلك القوانين مقصور على الزيادة على السقف الأعلى لسعر الفائدة. أما ما كان في حدود الأسعار المعلنة للفائدة فلا يعد ربا وإنما يعد فائدة مشروعة قانونا.

وقد وجدنا أن سبب الخلاف الفقهي والقضائي حول القانون الواجب التطبيق على الأعمال والمعاملات المختلطة يرجع إلى سببين: وهما:

أولاً: إيمان بعض القضاة والفقهاء في قطعية تحريم الفوائد الربوية، خاصة وأن معظم مواطني الأقطار العربية والإسلامية من المسلمين، الذين يقبلون على قراءة القرآن الكريم ودراسته وفهم أحكامه. ومن خلال ذلك علموا وأدركوا بشكل قطعي ويقيني أن الربا حرام وهو من الكبائر، وتحريمه ثابت بنصوص قرآنية صارمة، فضلاً عن ثبوت تحريمه في أحكام السنة النبوية وإجماع علماء المسلمين جيلاً بعد جيل وبتواتر لا خلاف عليه حتى تقوم الساعة.

ولذلك إذا واجه القاضي أو الفقيه المسلم المؤمن نص تشريعي وضعي يجيز تقاضي فوائد ربوية، فإنه دون شك يواجه عذاباً نفسياً مريراً، إذ يتنازعه أمران: الأول وهو واجب طاعة الله سبحانه وتعالى وتجنب ما نهى عنه، ومن ذلك الربا. والأمر الثاني وهو طاعة المشرع الوضعي. ولكن القاضي والفقيه في نهاية الأمر يغلب طاعة الله على طاعة مخلوقاته، لأنه يعلم الحكم الشرعي في ذلك ومن القرآن الكريم نفسه، إذ إنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. ولهذا يحاول القاضي تجاوز القوانين الوضعية في إجازتها للفوائد الربوية من خلال تفسيرها تفسيراً مخالفا وتغليب أحكام الشريعة الإسلامية على أحكام تلك القوانين. وهذا ما لمسناه من واقع الأحكام التي أصدرها بعض القضاة في الكويت وفي بعض الأقطار العربية والإسلامية الأخرى.

ويتحمل وزر القوانين الوضعية التي تتضمن أحكاماً تخالف أحكام الشريعة الإسلامية السلطات التشريعية والحكومات في الأقطار الإسلامية وبعض رجال الفقه والإفتاء الذين تجرأوا على وضع مشاريع القوانين الوضعية وأعانوا الحكومات على وضعها وترسيخها واحترامها.

ثانياً: الخطأ في فهم القانون وتطبيقه: وهذا أيضاً ما لمسناه من خلال دراستنا لبعض أحكام القضاء واستعراض آراء بعض الباحثين والفقهاء. والخطأ أمر وارد ويمكن تجاوزه بالدراسة والبحث المتأنيين، وقد لا يعذر من يقع فيه إذا كان الخطأ أمراً غير متوقع لاسيما إذا كانت النصوص التشريعية واضحة وتخلو من اللبس والغموض، ولذلك انتقدنا أحد الزملاء نظراً لمكانته العلمية ولكون الخطأ الذي وقع فيه غير مغتفر، لأنه تعمد إغفال بعض نصوص قانون التجارة دون مبرر، وهو أحد أساتذة القانون التجاري.

وقد أشرنا في نهاية البحث إلى حكم المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية في الطعن رقم ١٧ جلسة ١٩٨٣/٩/٦، نظرا لأهميته من الناحيتين الشرعية

والقانونية معا، إذ إنه يطرح الكثير من التساؤلات أمام الباحثين والدارسين، لاسيما توجه هذا الحكم نحو إجازة معاملات البنوك بما فيها الفوائد الربوية، وذلك بدعوى أن البنوك قد أصبحت - من وجهة نظر هيئة المحكمة - في حكم الضرورة الملجئة أو أن مصالح الناس ودفع الحرج عنهم لايتم إلا بقبول هذه المعاملات.

ونظرا لكون بحثنا ينصب أساساً على دراسة الوضع القانوني للفوائد الربوية في القانون الكويتي، لذلك لم نتعرض لذلك الحكم بالدراسة والتحليل، واكتفينا بطرح بعض التساؤلات حول النتائج غير المنطقية التي انتهت إليها المحكمة الاتحادية العليا في ذلك القطر الإسلامي العزيز، مع دعوتنا لأهل الذكر والاختصاص لدراسة ذلك الحكم ونقده لكي تستقر وتستقيم المبادىء والقيم الشرعية والقانونية في الأقطار الاسلامية.